DE REMEDIO OB LAESIONEM ULTRA DUPLUM IURE COMMUNI BORUSSICO CONCESSO.

DISSERTATIO

QUAM

AD IMPETRANDAM VENIAM LEGENDI

IN ALMA LITERARUM UNIVERSITATE VIADRINA

SCRIPSIT

HENRICUS GOEPPERT,
IUR. UTR. DOCTOR, ASSESSOR REGIUS.

VRATISLAVIAE,
PROSTAT APUD A. GOSOHORSKY (L. F. MASKE).
MDCCCLXIII.

Lectorem benevolum rationes quasdam monuisse velim me in instituendo hoc libello secutum esse, quas num probaturus sit nescio, sed cum Borussici juris institutum explicaturus fuerim, jam eam ob causam necessarias esse duxi, ne molesto ad rem propositam parum conferentium expositionum agmine ipsum libelli argumentum opprimeretur.

Primo non in animo mihi fuit ex immenso librorum libellorumque de lege 2. Cod. de rescind. vend. conscriptorum acervo, quo majori vix ullus Corporis juris locus gaudet vel angitur, iterum vel sexcentesimum commentariolum congerere, opus non difficilis, sed vasti laboris, quod libello meo insertum ornamentum ceterum inutile doctrinae quandam speciem mihi afferret. Sed ea tantum ex juris communis doctrina narravi, quae ut melius intelligantur et origo et singulae leges Codicis Borussici, necessaria aut utilia esse videbantur, reliqua aut omisi aut breviter perstrinxi, interdum quaedam specialiter premens, quae vulgo ignorari aut non satis spectari inveneram. Neve indigneris, quod non saepius nostri seculi scriptores citaverim. Nam horum studium certissime necessarium est, ut facultates in jus patrium altius penetrandi assequamur, sed levioris momenti in explicatione nostri Codicis, cujus leges auctoritate ICtorum illo tempore

vigentium nituntur. Accedit, quod haec materia fere tota originem debet praxi et opinioni communi seculorum priorum, quam hodie a scriptoribus reprobari videmus.

Similiter in tractando jure naturali me gessi. Nam cum non scripturus essem historiam hujus dogmatis philosophicam, hos tantum juris naturalis auctores respexi, qui ante Codicis compilationem floruerunt, et quorum solorum auctoritatem redactores secuti esse possunt, quamquam non nescio nostro etiam tempore sub judice litem esse. Cum vero juris, quod est, interpretationem instituissem, satis habui ea, quae inveneram, referre nec nisi brevissimam censuram de iisdem adjicere, quae amplior esse debebat, si de lege ferenda consilia propositurus fuissem.

Ex scriptoribus juris Borussici me eos solos citasse, quorum finis non unica examinum aut usus judiciarii utilitas, sed doctrinae et verae Jurisprudentiae propagatio esse videatur, neque minus eos neglexisse, qui in paraphrasi paragraphorum singularum acquiescant, neminem spero vituperaturum esse.

Cap. I.

De figura remedii ex lege 2. Cod. de rescind. vendit. (4, 44) in Codice juris communis Borussici mutata.

Exordium ut par est, facturo ex historia paragraphorum a me tractandarum non sufficiet ea sola narrare, quae ex schedis et adversariis virorum legibus scribendis a Friderico magno electorum innotuerunt, sed paulo longius repetendum est ex juris Romani ipsius historia.

Nemini enim ignotum est, remedii ob laesionem enormem concessi originem petendam esse a legibus 2. et 8. Cod. de rescind. vendit. (4, 44), Diocletiani et Maximiani rescriptis, quibus imperatores fundorum quibusdam venditoribus concesserunt alienationis revocationem, si pretium, quod accepissent, ne dimidiam quidem partem justae praedii aestimationis efficeret. Equidem facere non possum, quin confitear, has mihi constitutiones cum aequitati verae et commercii hominum naturae, tum juris Romani principiis alienissimas videri, quoniam illud tritum sermone proverbium, in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire, ex opinione mea utrique optime conveniat. Quamquam me non effugit, ne nostro quidem tempore deesse virorum doctissimorum auctoritatem affirmantium, jam ante Diocletianum iis succurri solitum, qui in negotiis bonae fidei sine dolo rei alterius decepti essent, vel certe, ut novissimo tempore aliquis amplo doctrinae apparatu convincere conatus est[1]), hanc fuisse juris

[1]) Chambon, Beiträge zum Obligationenrecht, tom. I, 1851, pag. 112 – 174.

1*

Romani indolem, ut omnimodo pervenire debuerit ad illam sanctionem, licet Diocletiani forte tempore constitutionum istarum ordinatio etiam tunc praematura fuerit. Certe eo magis ambigua controversia esse videtur, quia cum Diocletianus ipse[2]), tum maxime, qui deinceps Romae imperaverunt, aliquot rescriptis illud praeceptum plane reprobaverunt et in Theodosiano Codice hae quidem constitutiones receptae sunt[3]), illae vero laesioni enormi medentes epistolae frustra quaeruntur. Omittamus inquirere in causas hujus singularis eventi, quas Thomasius ea, quae interdum in illo deprehenditur, festivitate ex secretioribus aulae imperialis mysteriis explicare voluit[4]), et in hoc acquiescamus, quod Justinianus, qui ipse alio loco illud invicem se circumscribere non reprobat[5]), istas leges Codici suo inseruit, has vero aut neglexit, aut emblemate ita correxit, ut jam a prioribus non dissentiant[6]). Sed quoniam ex opinione a plurimis nostri seculi auctoribus comprobata, quam sequor, illud remedium singulare et contra communem juris rationem introductum est, omnes causae, quae ipsis legum 2. et 8. citat. verbis non comprehendantur, ab earundem beneficio excludendae esse nec quisquam nisi fundi venditor propter laesionem in pretio sine dolo inflictam ad rescissionem contractus videtur admitti posse. Non vero libelli soli, sed leges quoque fata sua habent. Nam licet in Decretalium etiam locis huc pertinentibus unice de venditore rei immobilis adjuvando agatur[7]), jam inde a primis renascentis jurisprudentiae temporibus et in rebus mobilibus[8]) et in

---

[2]) L. 10. Cod. eod.

[3]) Leges 1, 4, 7. cod. Theod. de contrah. emt. 3, 1. Conf. etiam Leg. Visigothorum V, 4, 7.

[4]) Dissertatio de aequitate cerebrina leg. 2 Cod. de rescind. vendit. et ejus usu practico, cap. 2, § 9: in dissertationum Thomasianarum collectionis tom. III, pag. 61.

[5]) Nov. 97. cap. 1: *εἴπερ ἐμπορικῶς ἀλλήλους περιγράφοιεν.*

[6]) Nam lex 4. Cod. Theod. citata repetita est lege 15. C. Just. de rescind. vend., sed inserta ante verba „vilioris pretii" voce „paulo".

[7]) Cap. 3. et 6. X. de emtion. 3, 17; cap. 11. X. de reb. eccl. alien. 3, 13.

[8]) Qnod jam in Basilicis invenitur: XIX, 10, 66 et 70 (*πρᾶγμα*). Cujacius vero (paratitl. ad Cod. 4, 44) et post eum Ant. Perez (prae-

venditione emtione emtori et in omnibus fere permutatoriis contractibus utrique reo doctores et judices beneficium tribuerunt, nec ulla oriebatur dubitatio nisi de negotiis stricti juris[9]); sed in his quoque mature mutato actionis nomine remedium introductum est. Argumentis vero utebantur admodum futilibus. Rationem legis ex verbis ab imperatoribus usurpatis humanitatem et aequitatem esse proponentes, eandem aequitatem ajebant rescissionem postulare, ubicunque aequalitas laesionis adesset, vel ut eleganter Donellus affirmat[10]), beneficium illud tribui laesioni, id est venditori non quia venditor esset, sed quia laesus esset; itaque, cum beneficium esset causae et rei, non personae, regulam illam adhibendam, secundum quam, ubi eadem ratio adest, ibi idem jus statui debet. Citabatur etiam l. 36. D. de V. O. (45, 1) et dicebatur apparente quoque laesione enormi res ipsa dolum in se habere. In emtoris favorem hoc quoque urgebant, quod cum venditoris errori de vera aestimatione rei suae ipsius ab imperatoribus ignosceretur, emtori eo meliori jure succurrendum esset, quia in rebus alienis error toleretur et ignorantia praesumatur. Licet vero de singulis causis remedii nostri innumerabiles ortae essent controversiae, in hoc ad Cujacii usque tempora omnes consentiebant, quod l. 2. C. cit. praeceptum extendendum esset ad omnes, inter quos de aliqua re vel usu cjus titulo oneroso transferendis convenisset.

Cujacius primus[11]) huic consensui obviam ire ausus est in observationum suarum libr. XVI. cap. 18., dum in

---

lect. in Cod. 4. 44, No. 15), Voet (comm. ad Dig. 18. 5, No. 12), alii in rebus mobilibus improbaverunt rescissionem, nisi admodum pretiosae essent. In hac causa nostro etiam tempore multi benigniores sunt.

[9]) Gloss. ad leg. 2. C. cit. s. v. judicis: „illud autem constat in aliis bonae fidei contractibus habere locum legem istam“ et paulo post: „item habet locum lex ista in emtore“. Similiter Azo in Summa (citata apud Chambon l. c. p. 117), qui adjicit: „in contractu stricti juris contra est.“

[10]) Comment. in leg. 2. Cod. 4. 44, No. 48 in Oper. omn. Florent. 1846 edit. tom. 8, col. 893.

[11]) Ipse hac principis gloria laetatur his verbis: „nondum quisquam indicaverat beneficium dictae legis 2. non esse producendum ad majorem XXV annis.“ De Duareno et Molinaeo, quibus hunc honorem quidam tribuere voluerunt, conf. Glück, Comment. tom. 17. p. 28. et Cham-

alio earundem loco[12]) ceterisque scriptis opinionem communem sequitur, negans leges illas, quibus principes venditoribus rei familiaris necessitate, ut res suas minori pretio venderent, coactis subventuri fuissent, in emtoris gratiam aut in reliquis negotiis adhibendas esse, nec ipse veritatis fines attingens, cum in locatione conductione locatorem, utrumque reum in permutatione admitteret. Tantum vero abfuit, ut doctorum turbam in hanc novam et paene haereticam opinionem adduceret, ut admodum paucos eum secutos esse invenias, Antonium Fabrum errorum pragmaticorum castigatorem, Merillium, Schifordegkerum Fabri commentatorem, Hugonem Grotium[13]) et ex seculo XVIII. alterum Madihnium, Malblancium, Müllerum observationum practicarum ad Leyseri meditationes auctorem et A. D. Weberum[14]), ut de illis taceamus, qui ut v. gr. Huber[15]) emtorem quidem admiserunt reliquos praeter emtionem contractus non respicientes.

Ceteri omnes acerrime Cujacium reprehendentes firmiter veterem consuetudine continua comprobatam sententiam retinuerunt nec quidquam illius novitas effecit, nisi ut quaestio, an omnino leges 2. et 8. Cod. cit. ad similia extendere liceret, antea simplici quadam incuria neglecta et vix proposita, jam paulo diligentiori studio examinaretur collectis undique legibus probaturis jam ante Diocletianum laesis reis contrahendi auxilium praeberi solitum fuisse, hunc demum solum finem licitae laesionis certum statuisse, qui antea ex uniuscujusque causae conditionibus singularibus definitus esset. Quas leges, si accuratius inspicias, non raro miraberis, quo jure hic citatae sint, et, quid probent, non male celeberrimus Unterholzner, qui ipse opinioni com-

bon, l. c. p. 118. In paratitl. ad Cod. 4, 44 etiam Cujacius sanam doctrinam retinuit.

12) Libr. 23. cap. 24.

13) Hic vero nescio, num revera praxin vituperaverit; verba, quibus utitur (flor. sparsio ad jus Just. ad leg. 2. Cod. cit. Amstelod. 1643, pag. 296), non indicant, quale judicium de ea tulerit: „pro solis venditoribus facta haec lex .... usus hoc produxit latius."

14) Lehre von der natürl. Verbindlichkeit (quae primum a. 1784 in lucem prodiit) pag. 102. edit. V.

15) Praef. ad Dig. libr. 18. tit. 5, No. 3.

muni addictus fuit, iudicavit affirmans, tam ambiguas illas esse et parum perspicuas, ut vix quidquam certi juris inde colligi queat[16]): nos vero audacter adjiciamus omnino illud jus ex iis colligi non posse, cujus demonstrandi causa proferuntur.[17])

Nihilominus si conditionem juris communis qualis seculo XVIII. fuerit, spectamus, et opinio communis et generalis in foris Germaniae usus[18]) amplissime remedium legis 2. C. de resc. vend. in omnibus onerosis contractibus concedebant, nisi quorum singularis natura adversari videbatur, et ambobus reis pari favore rescissionem permittebant, si ultra duplum laesi essent. Quin nec in onerosis negotiis nec in ipsis pactis obligatoriis haec humanitas se continuit. Nam jam Douellus[19]) tractavit, an, cum quidam fundum donaturus, quem putaret tantum valere decem, cum valeret XX et amplius, in hoc errore fundum donavisset Titio, comperto errore fundum posset condicere ex sententia constitutionis Diocletianeae, nec G. L. Böhmer[20]) aspernatus est demonstrare, remedium nostrum non admittendum esse adversus hereditatis aditionem.

Quam vero felicitatem et juris stabilitatem haec aequitas et humanitas attulerit, facile conjicies ex controversiarum

[16]) Lehre von den Schuldverhältn., tom. 2. p. 245. not. e.

[17]) Sunt vero hae: l. 6. § 2. l. 12. § 1. D. de jure dot. 23, 3; l. 76. 79. D. pro soc. 17, 2; l. 16. 17. 54. D. de contr. emt. 18, 1; l. 2. D. depos. 16, 3; l. 3. C. ex quib. caus. maj. 2, 54; l. 3. C. comm. utr. jud. 3, 38; l. 47. D. de evict. 21, 2; l. 5. C. de dolo malo 2, 21; quin quod non exspectaveris, Gai. III, 137 a Kochio, Comm. not. 37. ad § 58. J. C. Bor. I, 11, tom. I. p. 729 (impr. 4ta) et preuss. Privatr. t. 2. § 673. p. 417 in auxilium vocatus est. Caetera quae passim inveniuntur argumenta ex naturali aequitate vel ex natura rescriptorum desumpta his etiam leviora sunt.

[18]) Qui nec hodie alius est. Confer. si placet collectionem sententiarum a supremis Germaniae tribunalibus prolatarum editam a Seufferto, in cujus quolibet tomo creberrima praejudicia invenies beneficii leg. 2. Cod. cit. latissimam extensionem aut expresse affirmantia aut tacite supponentia, nullum vero, quantum vidi, huic usui contrarium, ut singula citare inutilo sit. Tribunalis suprem. Berolinensis sententiam similem videas in Striethorst, Archiv tom. 27. p. 1.

[19]) Comment. cit. No. 62, col. 898.

[20]) Auserlesene Rechtsfälle tom. III. part. 2. p. 365.

de laesione enormi stupendo catalogo, quem Samuel de Cocceji[21]) et majorem etiam, nec ipsum omni numero absolutum Thomasius[22]) confecerunt, nec beatiorem hac in re nostram aetatem esse affirmare audebis inspiciens collectionem controversiarum nostro etiam tempore agitatarum ab Holzschuhero publicatam[23]). —

Jam cum juris communis doctrinam generaliter lustraverimus, ad alteram jurisprudentiae partem transeamus, jus naturae dico, cujus in conficiendo Codice Borussico vim et auctoritatem gravissimam fuisse nemo dubitabit, qui paulo diligentius in originem singularum ejus legum inquisierit, in nostra vero causa maximum momentum habuisse manifestum est. Non enim a juris positivi doctoribus solis, sed etiam ab auctoribus juris naturalis remedium Diocletiani magno studio aut defensum aut impugnatum est.

Jam enim Hugo Grotius[24]), quem supra inter legistas beneficii inimicos enumeravimus, praeceptum juris Romani, in emtionibus venditionibus se invicem circumscribere licere, juri naturali contrarium esse affirmat, cum natura in contractibus permutatoriis aequalitatem imperet, ut ex inaequalitate jus oriatur minus habenti[25]). Itaque si in re deprehendatur inaequalitas, quanquam sine culpa partium, puta quod vitium latuerit aut de pretio erratum sit, eam quoque resarciendam esse et demendum ei, qui plus habeat, reddendumque minus habenti, quia in contractu id utrimque propositum aut fuerit aut esse debuerit, ut uterque tantun-

---

[21]) Jus civile controv. XVIII, 5, qu. 1—32.

[22]) Dissert. cit. cap. 2, § 13.

[23]) Theorie u. Casuistik des gem. Civilr., impr. 2, tom. III, p. 669—676, 691, 695, 711, 792, 965 aliisque locis; conf. etiam Matthiae, Controversen-Lexicon II, p. 1—12.

[24]) Juste quis mirabitur Grotium a Glückio, Comm. tom. 17, p. 30. citari, quasi remedium nostrum ex juris naturalis praeceptis rejecisset Ab hoc vero merito narratio nostra incipienda esse videtur, licet jam ante eum ex philosophicis rationibus justitiae commutativae notione nitentibus de laesione in contractibus emendanda disputatum sit: conf. v. gr. Thom. Aquinat. summ. theolog. part. II, 2. qu. 61. art. 2. et qu. 77. art. 1. (Lugd. 1738 p. 135, 164.), Oldendorp, juris nat. gent. et civ. tit. V, 7. apud de Kaltenborn, die Vorläufer des Hugo Grotius, 1848, part. II. p. 21 i. f. et Nic. Hemming, de lege nat. apod. meth. ibid. p. 42 sq.

[25]) De jure belli et pacis libr. II, cap. 12, No. 8.

dem haberet[26]), nulla ex magnitudine laesionis differentia admissa, licet jus Romanum enormem solam laesionem respexerit: leges enim, ut Cicero ait, iniqua tollere, quatenus teneri manu possint, philosophos, quatenus ratione et intelligentia. Exposita vero communis pretii aequalitati dijudicandae inservientis natura, confitetur, quaedam esse posse rei accidentia aestimabilia, ob quae res licite supra vel infra commune pretium ematur vendaturve, puta ob damnum consequens, lucrum cessans, pretii solutionem dilatam aut anticipatam, affectum peculiarem, aut si in gratiam alterius vendatur res ematurve alioqui non emenda aut vendenda[27]). Sed adjicit[28]), ex jure gentium voluntario[29]) inaequalitatem, in quam consensum sit, in actionibus exterioribus pro aequalitate haberi, ita ut, quomodo jure Romano ante constitutionem Diocletiani actio in foro nulla data sit adversus talem inaequalitatem, ita nec inter eos, qui jure gentium solo socientur, exactio aut coactio sit eo nomine, et evidentem fuisse utilitatem hujus juris introducendi ad praecidendas controversias infinitas et ob incerta rerum pretia inexplicabiles[30]).

Hanc quidem partem eo quo est consensus gentium contemptu[31]) prorsus relinquens Pufendorf in statu naturali dicit quarumvis rerum pretia ex conventione contrahentium definiri nec contra morem commerciorum peccasse quemquam argui posse, si, modo inhumanitas in egenos absit, occasione data lucro suo non defuerit; nam inter eos, qui in naturali libertate vivant, cuique licere rei suae pretium pro lubitu statuere, cum in eo statu quilibet suarum rerum atque actionum summus sit arbiter[32]). In civitatibus vero definiri pretia duplici modo, aut per decretum superio-

---

[26]) L. c. No. 12.

[27]) L. c. No. 14.

[28]) L. c. No. 26.

[29]) H. e. eo jure, quod ex certis principiis certa argumentatione deduci non potest et tamen ubique observatum apparet. Conf. proleg. juris belli et pacis.

[30]) Alio loco, libr. II, cap. 19, § 6 ipse aliquantulum de tota hac re dubitare videtur.

[31]) De jure natur. et gent. libr. 2, cap. 3, § 7, 8, 9.

[32]) L. c. libr. 5, cap. 1, § 8.

rum sive legem, aut per communem hominum aestimationem et judicium, accedente consensu eorum, qui inter se contrahant[33]); quod pretium commune latitudinem quandam habere, cum sit aut pium sive infimum, aut moderatum sive mediocre, aut rigorosum seu summum[34]). Itaque cum in onerosis negotiis praestetur aut detur aliquid, ut tantundem recipiatur[35]), nec quisquam censeri possit, per contractum in alium quidquam transferre velle, nisi quatenus pro re sua aequipollens recipere se judicet, consequenter ex contractu non posse quis nancisci jus ad rem alterius, quam quantum illa ab ipso judicatur aequipollere rei, quam pro eadem recipiat[36]). Ergo eam quoque in communi pretio rerum permutatarum inaequalitatem, quae postea in re ipsa deprehendatur sine culpa contrahentium (quod iisdem fere verbis explicat, quibus Grotius: puta quod vitium latuerit vel in pretio sit erratum), corrigendam esse, neque de jure naturae requiri, ut illa inaequalitas dimidiam partem justi pretii excedat: quam conditionem lege Diocletiani statutam mere positivam esse et ea potissimum ratione niti, quod nulla tribunalia sint suffectura expediendis litibus, si ob quamcunque minutam laesionem praetor possit adiri[37]).

In omnibus fere hujus loci partibus secutus est Pufendorfium Thomasius in institutionibus suis jurisprudentiae divinae[38]), hoc addens, ipsum aequalitatis in contractibus observandae officium postulasse, ut pretia rerum constituerentur[39]), et jam inter eos, qui in statu naturali degunt, affirmans, si aequalitas observata non sit, utroque errante et ignorante, recurrendum esse ad principia de errore in contractibus[40]): quorum cum summam proponat, errorem in dubio semper nocere debere erranti[41]), nisi causa illa, in

[33]) L. c. § 8 sqq.
[34]) L. c. § 9.
[35]) L. c. libr. 5, cap. 2, § 8.
[36]) L. c. libr. 5, cap. 3, § 1.
[37]) Libr. V, cap. 3, § 9.
[38]) Libr. II, cap. 10 (Utor editione prima anni 1688).
[39]) L. c. § 5.
[40]) L. c. § 22.
[41]) Libr. II, cap. 6, § 39.

qua quis erraverit, expresse promissioni per modum conditionis fuerit adjecta[42]), vix est, quod laeso auxilio sit.

Similiter Chr. de Wolff posito principio de aequalitate in negotiis onerosis necessaria conjungens illud praeceptum, quod nemo cum damno alterius locupletior fieri debeat[43]) et errorem de aestimatione premens: „Si venditor, inquit, in pretio indicando erravit, et vero majus ab emtore accepit, quod plus accepit reddere tenetur; ex adverso, si pretium vero minus solutum, quod vero deest, supplere debet emtor, aut, si nolit vero pretio emere, mercem restituere ac quod solvit, pretium recipere. Quoniam jus naturae non distinguit inter plus et minus, sed nullam prorsus fert laesionem, naturaliter contractus rescindi potest ob quamlibet laesionem“ [44]).

Ii vero, qui Wolffium magistrum insecuti sunt, non mirum, quod hac quoque in materia unanimi rescissionem contractuum ob laesionem in pretio commissam approbaverint. Itaque cum Daries, qui praecipuus Suarezii praeceptor fuisse traditur[45]), simpliciter ex generali laesionis vetito concludit, omnem contractum permutatorium injustum esse, si promittens repromittentem aut repromittens promittentem laedat, quam veram esse justitiae commutativae notionem[46]): tum Nettelbladt[47]) contendit, si laesio in valore facta sit, aut laesum scivisse inaequalitatem adesse, ~~aut non scivisse~~; si prius, laesione non obstante pactum, quia volenti non fiat injuria, validum esse; si posterius, laesum a pacto quidem recedere non posse, sed laesionem etiam minimam ita emendandam esse, ut in lucro haerens restituat, quod aequalitatem excedit. Hujus causam esse, quod, si laesus nescierit inaequalitatem, aequalitatem observari voluerit, laesione vero emendata habeat, quod voluerit.

---

[42]) L. c. § 41.

[43]) Institut. jur. nat. et gent., Hal. 1750, § 580.

[44]) L. c. § 602.

[45]) Conf. „Suarez, ein biograph. Fragment“, de Kamptz, Jahrb., tom. 41, pag. 5a, 31a.

[46]) Institut. jurispr. universal. ed. IV ta, Jenae 1751, § 484 et 485.

[47]) Systema univ. jurisprud. natur., ed. III, Hal. 1767, § 687.

Singularem locum obtinet Heineccius. Nam hic quoque in onerosis contractibus aequalitatem servandam et laesionem emendandam esse censet, sive dolo ac vi, sive errori debeat originem, sed cum laesionem alicujus momenti, tum errorem inculpabilem, invincibilem sive involuntarium exigit et merito poenas erroris dari ait ab eo, qui nisi nimis supina fuisset negligentia, non errare potuisset[48]).

His argumentis non defuit contradictio. Primus Hobbes[49]) breviter, sed eo, quo esse solet, et ingenii et dictionis acumine, justitiae commutativae et distributivae distinctionem rejiciens, negat proportionem arithmeticam aut geometricam justitiae partem, nec justitiam aequalitatem esse, nisi qua in eo tantum sita sit, ut cum aequales natura omnes simus, alter non arroget sibi plus juris, quam alteri concedat, nisi id juris sibi pactis acquisitum sit. Itaque injuriam non esse nisi fidei sive pactorum violationem, nec si res nostras vendamus, quanti possimus, injuriam ullam fieri emtori, qui id voluerit et petierit.

Postea Thomasius, cum priori tempore, ut modo retulimus, Grotium et Pufendorfium in hac quoque materia imitatus esset, acerrimus legis Diocletianeae exstitit adversarius. Nam jam in fundamentis suis juris naturae et gentium celeberrimis[50]), tum maxime in notissima dissertatione de aequitate cerebrina leg. 2. Cod. de rescind. vendit. et ejus usu practico, anno 1706 primum emissa[51]) haec fere ad impugnandam ejus auctoritatem protulit. Deriso dolo ex re proveniente, quem legis causam non tam naturalistae, ut voce a Nettelbladtio proposita utar, quam juris Romani interpretes premere solebant[52]), rectissime incipit inquirens in naturam pretiorum[53]), quae affirmat potissimum ex sola opinione hominum eorumque arbitrio et cupiditate constitui;

---

[48]) Elementa jur. natur. et gent., Hal. 1738, libr. I, § 340, 341, 352: de permutatione quam vocat simplici conf. § 339, 341.

[49]) Elementa philosoph. de cive libr. I, cap. 3, § 6.

[50]) Libr. II, cap. 11, No. 3.

[51]) Jam citata pag. 4 not. 4, in dissertat. Thomas. collect. tom. III, pag. 43 sqq.

[52]) Diss. cit. cap. 2, § 4.

[53]) L. c. cap. 2, §§ 15 sqq.

raritatem vero vel copiam mercium secundarium aestimationis fontem esse, quoniam si cupiditatem auferas, res omnes plane nullius pretii aestimentur. Ergo pretia rerum non esse certa, sed variantia, et cum omnes conventiones libero contrahentium consensu nitantur, ab hoc quoque solo pretia rerum in conventionibus dependere, neque vero ab arbitrio tertii vel unius vel plurium vel plurimorum, cum ne plurimorum quidem opinio contrahentes obliget, ut ad ejus exemplum in suis contractibus pretia rerum determinent. Porro cum naturaliter liceat unicuique suam rem in comparatione cum re alterius liberrime aestimare, nec quisquam ad emendum vendendumve cogi possit, si alteruter rem suam nimis aestimet ex opinione alterius, huic non fieri injuriam, quia ejus arbitrio relinquatur, num tanti rem acquirere velit; quodsi paulatim remittendo uterque rem suam minoris, alienam pluris aestimans, de pretio convenerint, aut si alter statim in aestimationem ab altero propositam condescenderit, hoc ipsum pretium, de quo convenit, omnimodo solvendum esse, quoniam, si majus aut minus sit, quam esse debere videatur, neque justitiae neque humanitatis leges violatae sint et propriae imprudentiae poenas non alter, sed ipse imprudens luere debeat. Hoc inter eos obtinere, qui nulla juris civilis communione utantur, nec societatis civilis naturam mutationem expostulare.

Neque minus Henricus et Samuel de Cocceji prorsus negant secundum jus naturale contractum onerosum ob inaequalitatem rei et pretii rescindi posse. Voluntatem contrahentium urgentes contendunt, justitiam non eum esse juris statum, ut omnes habeant aequalia, sed ut quisque suum, quamvis inaequalissimum, nec vocem aequalitatis indicare, quid suum cuique sit, sed cum id ipsum quaeratur, quid aequale, id est suum cujusque sit, in contractibus inspiciendam esse dispositionem et consensum contrahentium. Itaque prout partes inter se contraxerint, ita jus esse, sive inaequaliter, sive aequaliter disposuerint[54]); unicuique enim jus plenissimum in res suas, adeoque et facultatem compe-

[54]) Henr. de Cocceji in Grotio illustrato, tom. II ad libr. Grotii II, 12, § 8.

tere pro lubitu de iis disponendi easque pro pretio, quod inter partes convenerit, utut inaequali, transferendi. Profecto injuriam non fieri ei, qui majus pretium sua sponte offerat, praesertim cum pretium ipsum certum non sit, sed latitudinem habeat et ab arbitrio et voluntate contrahentium dependeat[55].

Similibus argumentis Achenwall[56], Höpfner[57], alii juris philosophi seculo XVIII. vigentes[58] remedium Diocletiani repellunt.

Sed jam Samuelem de Cocceji non penitus effugit, illis solis quibus utebantur, rationibus non prohiberi eum, qui per errorem in detrimentum inciderit, quominus a contractu recedat[59], id quod principale alterius sectae argumentum in defendenda lege 2. Cod. de resc. vendit. erat. Hoc ut intelligeretur, necessarium erat, ex commercii cum necessitatibus hominum sublevandis, tum licito lucri captandi et rerum familiarium augendarum studio inservientis natura demonstrare, non solum eam inaequalitatem, quam sciens quis voluit et admisit, non respiciendam esse, sed nec hanc generaliter permutantibus intentionem inesse nec eam, nisi voluntas admittendae inaequalitatis appareat, praesumendam esse, ut pro re sua rem arithmetice aequipollentem recipiant. Hoc enim si omittitur, facillime nascitur error, quem Suarezium etiam ceterosque Codicis nostri redactores ejus auctoritati confidentes commisisse videbimus, ut ignorantiam saltem de pretio communi respiciendam esse censeatur, quod eo facilius accidere poterat, quoniam ipsum errorem ii maxime premebant, qui laesionis remedium juri naturali vindicabant. Frustra vero ejusmodi demonstrationem quaeres apud illos scriptores, quos modo citavi, praeter Hobbe-

---

[55]) Sam. de Cocceji ad Grot. II, 12, § 12; conf. etiam amborum notas ad § 26 ibid.

[56]) Jurispr. natur. libr. I, sect. II, tit. 8, § 203 (1763).

[57]) Naturr. des einz. Menschen, der Gesellschaften und Völker, § 92 (impr. 6tae, 1795; prima editio anno 1780 prodiit).

[58]) Weber l. cit. in pag. 5. not. 12. ex juris naturae rationibus se inimicum remedii profitetur et vociferatur, ICtos philosophiae fundamenta negligere et hanc ob causam in falsam legis 2. Cod. cit. extensionem incidere.

[59]) Ad Grot. II, 8, § 12: „nec in corpore erretur“.

sium, ut qui totam justitiae commutativae arithmeticam aequalitatem exposcentis notionem rejecerit, et Thomasium, qui hanc quaestionem admodum leviter perstrinxit[60]). —

Hunc brevem conspectum illius controversiae si consideraveris, quae tunc inter juris philosophos de remedio propter laesionem enormem agitabatur, totius materiae figura in Codice juris Borussici tibi jam non tam inaudita et mira videbitur, quam necesse est ei sit, qui solam juris communis doctrinam tunc tempore dominantem cum illa comparaverit. Ab hac enim toto coelo differre videtur. Nam venditori beneficium denegatur (§ 69, I, 11), emtori soli conceditur (§ 59 ibid.), nec simpliciter jubetur negotium rescindi, sed errorem ab emtore commissum praesumi.

Itaque qui primus de hoc loco juris Borussici tractasse videtur, Paalzow[61]) se nescire concedit, quaenam causa hujus novitatis fuerit, conjecturamque proponit, magno forte juris Romani odio legislatorem commotum fuisse; denique profitetur, se facere non posse, quin hanc speciosissimam quaestionem decidendam insomniis futurorum interpretum noctibus relinqueret[62]). Jam vero his tenebris lux allata est, cum Suarezii in ultima Codicis revisione habitas relationes de Kamptz[63]) publicaverit et reliqua loci nostri historia cum ab illis viris, quibus anno h. s. XXV. legum nostrarum revisio a rege Guilelmo III. commissa est[64]), tum etiam amplior a Bornemanno ex ipsis redactorum schedis narrata sit[65]). Quam quoniam ad verba repetere longum est, summatim breviterque ea, quae gravissimi momenti esse videntur, describemus.

---

[60]) Diss. cit. cap. 2, § 35.

[61]) Observationes ad jus Borussicum, fasc. I, Berol. 1795, observ. 12, pag. 59.

[62]) Auctor quoque anonymus libelli de laesione enormi in de Kamptz, Jahrb. für preuss. Gesetzgeb. u. Rechtswissensch., tom. 41 (1833), pag. 346 sqq. de ratione paragraphorum nostrarum haesitat.

[63]) Jahrb. tom. 41, p. 15, 16.

[64]) Pens. XIV, p. 23 sqq.

[65]) System. Darstell. des preuss. Civilr., impr. altera, tom. III, pag. 36 sqq.

In primis novi Codicis lineamentis cum communis de laesione enormi opinio recepta esset, Suarez se ejus adversarium esse professus est. Tres tantum laesionis causas cogitari posse ajebat, aut dolum aut „defectum qualitatis naturaliter inesse debitae vel specialiter promissae", aut errorem „parte laesi" commissum[66]). Duobus primis aliis remediis prospectum esse. Errorem vero evitari posse nec sufficientem contractus rescindendi causam videri, praesertim cum pretia ex conventione partium dependerent et plurimae ex lege 2. C. cit. orirentur calumniae. Certe venditorem ad impugnationem ob errorem de aestimatione nulla justa ratione admitti. Cui sententiae cum adsensum et ex illo projecto, quod typis non mandatum est, totum beneficium remotum, hoc vero adjectum esset, ex singulis uniuscujusque causae conditionibus dijudicari debere, num ex pretii inaequalitate dolus alterius rei praesumendus esset, Suarez ipse a se aliquantum descivit. Nam cum de emendationibus propositis referret, hoc exoptavit, ut emtori laeso a lege succurreretur. In sexcentis enim ejusmodi causis, si emtor pretium duplo majus promisisset, vix unam inveniri, in qua emtor non esset variis venditoris fallaciis dolosisque artificiis circumscriptus; huic vero pravitati obveniendum esse, cum dolus ipse difficillime probari possit. Hanc ob causam jus Romanum rectissime jubere, laesione enormi demonstrata dolum ex re praesumi, sed in hoc fines justos egressum esse, quod praesumptionem juris et de jure constituerit. Itaque sibi optimum videri laesione existente simpliciter praesumere errorem emtoris in qualitatibus tacite inesse creditis, venditori vero permittere, ut probet errorem non adfuisse aut ab emtore evitari potuisse.

Ex his cogitationibus natae sunt §§ 52. 53. 54. tit. 8. part. II. projecti, quod annis pr. sec. 84. usque ad 88. typis divulgatum est, ex quibus prima et tertia paragraphis 58. et 60. Codicis, ut nunc est, part. I. tit. 11. ad verba, secunda vero fere paragrapho 59. respondent, venditoris nulla mentione facta, ut tacite a beneficio exclusus esset.

---

[66]) Scilicet de aestimatione: conf. quae supra ex Grotio ceterisque attulimus.

Jam vero huic sanctioni adversarii non defuerunt, quorum alteri **Thomasium** maxime sequentes totum remedium rejiciendum, alteri juris communis doctrinae inhaerendum esse censebant. Sed cum in illis celeberrimis expositionibus, quae revisionis monitorum nomine feruntur, **Suarez** brevissime doctrinam jam approbatam defendisset, totus locus ut nunc est, in Codicem primae praelectionis receptus est, cujus jam promulgati vim legitimam regali constitutione iterum suspensam novamque paulo post totius operis retractationem institui jussam esse, notissimum est. In hac nostrae materiae paulo ampliorem disputationem **Suarez** dedicavit, quam quoniam rationes mutati et innovati beneficii non male paucis verbis complectitur, infra iisdem verbis adjicere operae pretium est[67]). Quae cum in consisto-

[67]) Die ganze Theorie, inquit, des römischen Rechts von der Laesione ultra dimidium ist von mehreren denkenden Rechtsgelehrten bezweifelt und angefochten worden. Thomasius in seiner Dissertation de aequitate cerebrina hat ex professo gezeigt: wie wenig dieselbe mit dem übrigen System des Natur- und bürgerlichen Rechts zusammenhängt und dass der Dolus ex re, welcher dabei zu Grunde liegt, eine blosse Chimäre sei. So schwankend und relativ der Begriff des Werthes überhaupt ist, indem dabei so viel auf Umstände, Verhältnisse, persönliche Rücksichten, Speculationen, Liebhaberei u. s. w. ankommt, so schwer ist es, wie die tägliche Erfahrung lehrt, auch nur den wahren gemeinen Werth einer Sache mit irgend einem Grade von Zuverlässigkeit auszumitteln. Da nun die Gesetze demjenigen, welcher durch Betrug oder unverschuldeten Irrthum bei einem Kaufgeschäft verkürzt worden, schon hinlänglich zu Hülfe kommen, übrigens aber der ganze Zweck des Remedii de rescindenda vendit. dadurch vereitelt wird, dass diesem Einwand im Contract gültig entsagt werden kann, und derjenige, welcher darauf ausgeht, seinen Contrahenten über das Ohr zu hauen, für eine solche Erklärung zu sorgen gewiss nicht ermangeln wird, so wären vielleicht Gründe vorhanden gewesen, die ganze Theorie von der Laesione ultra dimidium aufzuheben. Inzwischen hat man dieses nicht thun wollen, da es nicht unbillig zu sein schien, dem Käufer, welcher die Sache, die er kauft, noch nicht kennt, und also durch allerlei Vorspiegelungen und Kunstgriffe in der Beurtheilung des Werthes leichter hintergangen werden kann, ohne just allemal einen eigentlichen Dolum des Verkäufers juristisch beweisen zu können, noch irgend ein Hilfsmittel dagegen, es sei so schwach es wolle, übrig zu lassen. Aber der Verkäufer, der die Sache bisher besessen und also hinlänglich Zeit und Gelegenheit gehabt hat, zu prüfen und zu beurtheilen, was sie ihm werth sei, kann, ohne sich selbst

rio principis lecta et approbata esset, in Codice secundae praelectionis paragraphi nostrae non mutatae sunt et ad nostram usque aetatem duraverunt.

Historiam modo narratam perscrutantes non negabimus, in hac quoque conspicuam esse illam quae isto seculo vulgatissima a Friderico etiam Magno iisque, quos sibi in legibus condendis adjunxerat ministros, tenebatur opinio de officio legislatoris. Jus commune, ut tunc in foris exercebatur et in scholis docebatur, non quia erat jus, sed in iis tantum finibus retinendum esse videbatur, in quibus cum jure naturae consentaneum erat, i. e. eo jure, quod ex rerum ipsarum natura et essentia sola ratione deduci posse dicebatur. In qua disquisitione, ut tam saepe in Codice nostro, sic etiam in hac materia, cum juris illius naturalis ambigua et fundamentis certis carens conditio nocuit, tum invasit metus quidam constantiae horrorque nimii rigoris, qui fortasse in aliquibus rarioribus causis aequitatem laedere posset. Itaque cum primum arrisisset Thomasii et Coccejorum severitas et consequentia, supervenit dubitatio orta ex falso isto aequalitatis in contractibus permutatoriis observandae dogmate non satis ab illis perpenso, adjuvante specie aequitatis, quae legi 2. Cod. de resc. vend. inesse videtur, et imagine doli ex re venientis a legistis excogitati. Relinquitur cognita veritas et revocatur pristinum jus, neque vero totum, sed ex minori parte, quae cum recta ratione aliquatenus constare posse credebatur. Tali vero modo legum nostrarum conditores, cum juris communis instituta retenta, sed emendata et correcta putarent, nescii et inviti novas juris figuras creaverunt nec rationi nec juri antiquo nec sibi ipsis satis convenientes. Laesionis enormis quoque vetus beneficium abolere aut novum remedium proponere noluerunt, sed sincere credebant, se Diocletiani constitutionem in eos fines redegisse, in quibus aequitas juberet juris strictam rationem relinqui. In capitibus insequentibus libelli nostri singulas remedii conditiones et effectus

---

einer groben Nachlässigkeit anzuklagen, unmöglich behaupten, dass er sie unter dem halben Werth verkauft habe. de Kamptz, Jahrbücher, tom. 41, pag. 15, 16.

tractantes non raram occasionem nanciscemur demonstrandi, re vera Codicem nostrum doctrinae juris communis quam maxime contrarium esse, dum in quibusdam locis nec in his semper sibi ipse constans revertatur ad generalem illorum temporum opinionem nec paucas, licet venditore a remedio excluso innumerabiles controversiae amputatae sint, relictas esse dubitationes videbimus[68]).

His instituti nostri fatis generaliter narratis singularum etiam paragraphorum historia breviter — cum amplior non innotuerit —, adjicienda esse videtur. Nam, quod adhuc neminem invenio observasse, in projecto typis mandato praeter paragraphos 52.—54. tit. 8. part. II., quas paragraphis 58.—60. tit. 11. part. I. Codicis, qualis nunc est, respondere jam dixi, nulla omnino alia laesionis enormis commemoratio continetur et deest omnis altior rei tractatio. In Codice demum primae praelectionis anno pr. sec. XCI emisso paragraphi 61.—69. et 250.—256. tit. XI. insertae sunt, quibus singula de beneficio praecepta enumerantur. Neque minus in hoc primo omnes reliquae paragraphi cernuntur, quae de beneficio aut concedendo aut denegando agunt[69]), et § 53. commutata est in § 59., ut hodie est, figuram. Itaque tempore intermedio inter projecti publicationem et Codicis primam promulgationem totam materiam ex integro tracta-

[68]) Commemorare licebit, ex ceteris magnis Codicibus Austriacum praxeos communis doctrinam de laesione enormi paucis mutatis recepisse (§§ 934, 935, 1268, 1386, 1487), dum Codex Francogallorum, postquam lex libera republica pridie Calendas Septembres anno 1795 (die 14. mensis frugiferi tunc vocati, anni tertii) lata totum remedium sustulit, Diocletiani constitutiones ita secutus est, ut soli venditori rei immobilis rescissionem concedat, sed exigat laesionem septuuce majorem, emtori permittat rem retinere, si quod deest justo pretio, deducta decima totius parte, venditori solvat, et difficultatem remedii variis de probatione praeceptis augeat (art. 1674 sqq., conf. de hereditatis divisione iniqua art. 887—891 et de laesione minorum art. 1305). Doctas disputationes, ex quibus haec Codicis pars prodiit, invenies in Gönner, Archiv für die Gesetzgebung und Reform des jurist. Stud. tom. II, fasc. 3, p. 362—396, ubi relatum est, Codicis Borussici etiam sanctiones respectas et perpensas esse, quin propositum fuisse, ut nova lex hujus exemplum sequeretur (p. 365, 375).

[69]) Conf. si placet part. II, tit. 8, § 333—339; 319—329; 45, 46; 398—435, 641 sqq.; tit. 13, § 241—267; tit. 14, § 325; part. I, sect. III, tit. 4, § 58—146.

tam et accuratissime revisam repolitamque esse apparet. Inter Codicis primam vero et secundam praelectionem nulla his in rebus detegitur differentia.

Cap. II.

De negotiis, in quibus de laesione ultra duplum queri licet.

Jam cum de rationibus dissereremus, ex quibus mutata remedii nostri natura originem duxit, parum favoris ei a Suarezio, principali Codicis Borussici auctore tributum esse commemoravimus.

Ejusdem animi vestigia obveniunt disquirenti, in quibus negotiis secundum patrium jus de laesione enormi queri concessum sit. Qui numerus, si cum jure communi comparatur, per se admodum exiguus, novissimo tempore diminutus est Codicis Germanici commercialis articulo 286. prohibente, quominus ullus contractus ex articulorum 271. et sequentium definitione mercaturae adnumerandus ob alterius laesionem rescindatur.

Haec missa facientes videmus principale remedii objectum secundum §§os 59. seqq. part. I. tit. 11. Codicis Borussici aeque atque secundum jus Romanum, esse emtionem: sed emtori soli nec huic in omnibus emtionis speciebus succurritur. Nam hanc quoque ob pretium immodicum revocare non licet publica auctione contractam[1] (§ 343, I, 11), si arbitrio tertii hominis pretium definitum[2] (§ 48 ibid.), si de rarioribus numis (§ 375 ibid.) vel de partibus juris metallorum facta est (§ 322, II, 16). His vero exceptis in omni-

[1]) Conf. Glück, tom. 17, p. 87—100; Matthiae, Controversen-Lexicon II, p. 6.

[2]) Contra juris communis auctores, conf. Glück, tom. XVI, pag. 80., Holzschuher, tom. III, p. 674.

bus emtionis figuris emtorem admittendum esse apparet. Itaque non dubitabimus, quin remedium tribuamus in datione in solutum [3]), quam emtionis vice fungi disertis verbis § 242, I, 16 praedicat, et in aestimatione rerum mobilium ab uxore illatarum venditionis causa facta (§ 563, II, 1) [4]) Porro nec emtionem aversione contractam excludemus. Nam quae huic a jure Borussico singularia tribuntur, tantummodo periculum et commodum rei venditae (§ 117, I, 11), res accessorias cum principali tradendas (§ 83 sqq. ibid.) et praestationem eorum concernunt, quae in inventario emtori demonstrato enumerata sunt (§ 213 ibid.), neque vero errorem de justa rei aestimatione. [5]) Immo in his emtionibus etiam major urget necessitas remedii, quoniam in vulgaribus emtor plerumque aedilitiis actionibus salvari poterit, quas in illis certe rarius ei instituere licebit.

Neque magis interest, qualem rem emtor justo majoris comparaverit, utrum mobilem an immobilem, genus an speciem [6]), meritoque eum quoque admittemus, qui obligationum publicas literas, in quibus pecuniae solutio unicuique pro-

---

[3]) Sic Bielitz, pract. Commentar zum A. L. R. Nachtr. fasc. 2, p. 72.

[4]) Secus ac si tantummodo taxationis causa mobilia (§ 564, II, 1) vel immobilia (§ 571, 581 ibid.) aestimatione facta illata sunt.

[5]) Merkel, Commentar zum A. L. R. impr. alter., tom. I, p. 216, 218; „Forderung der Gewährleistung und Rüge der laesio enormis sind diversa." Bielitz, Comm. Nachtr. fasc. 2, p. 66, 70.

[6]) Nam lege non distinguente nec judicis est distinguere. Dissentit Plathner, Geist des preuss. Privatr., tom. I, p. 354, cujus verba apponam, cum difficilis eorum interpretatio latina sit et suam sibi ipsa condemnationem afferant: „Handelt es sich um den Erwerb einer generell bestimmten Sache, so kann ein Irrthum im Werth der Sache nicht berücksichtigt werden; denn der Werth der Sache folgt aus der generellen Bestimmung der Sache. Nimmt der Erwerber den Werth falsch an, so hat er sich dies lediglich selbst zuzuschreiben." Haec vero eodem jure de specie vendita dicuntur, cujus aestimatio certissime ex conditione sua speciali consequitur: hanc si autor majorem putat, certe hoc ipse sibi tribuere debet: sed hunc errorem lex ex singulari ratione aequali in rebus in genere et in specie emtis tuetur.

mittitur, qui eas feret, aut societatum anonymarum partes duplo carius emerit, quam tempore contractus in proximo eo loco venierint, in quibus mercatores negotiorum causa convenire solent, dummodo hoc sine ejus culpa fieri possit.

Porro pacto retrovenditionis priori emtioni inserto si venditor usus est pretiumque vel antea in hunc eventum constitutum vel idem, quod emtor pependerat, solvens (§ 296, I, 11) mercem receperit, hic quoque beneficio rescissionis frui et rem emtori restituere poterit revocata retrovenditione. In hac vero non celebratur novus contractus, sed ex prima emtionis conditione, declarata voluntate et solutis numis res a venditore recipitur (§ 308, ibid.) Qua de re admissa rescissione non novum retroemtionis negotium, sed ipsa illius primae et solius emtionis sub conditione contractae clausula revocatur. Itaque tempus, ex quo pretii retrovenditioni statuti inaequalitas recenseatur, illud ipsum esse debet, quo primum emtionis negotium perfectum est. Nec per se ipsum hoc impedimento erit, quod illo temporis momento rei dominus fuit. Cum enim multa accidere possint, quare dominus veram rei suae aestimationem juste ignoret, — puta illam ei absenti per hereditatem obvenisse vel emtam statimque venditam, priusquam vel tempus vel occasionem eam visitandi et inspiciendi nactus est, — hoc quoque contingere potest, ut dominus hanc rem vel multo majoris esse sincere crediderit nec dolum admiserit, cum pretium maximum et emtionis et retrovenditionis stipularetur, aut ut in culpa non versatus sit, cum retrovenditionis pretium majus statueret, emtionis vero, necessitate rerum familiarium forte adstrictus, longe minus, sed idem contra suam opinionem verum reique conditioni adaequatum. Hoc vero in aliis quoque teneamus, non semper domini negligentiam accusandam esse, si verum rei pretium ignoraverit. Nec obest, quod, ut supra tradidimus, legum nostrarum latores huic opinioni iniquae addicti eandem ob causam venditori beneficium rescindendae venditionis denegandum esse censuerint. Qua re cognita, jam certiores facti sumus de origine hujus severitatis, sed non ipsi cogimur, ut eadem injusta vel certe non ad omnia conveniente praesumptione arbitrium nostrum circum scribamus. Immo quoniam, utrum culpa admissa sit necne, facti magis quaestio est, quam juris, ex singulis unius cujusque causae

conditionibus de diligentia dijudicandum est, quam dominus rei adhibuerit, si velut in pacto retrovenditionis idem emtor exstiterit.

Nec hujus sententiae in sola retrovenditione utilitas versatur, sed tunc quoque apparet, si quis condominus rei cujusdam constitutus a ceteris condominis rem universam emerit. Quem non a limine repellemus pretii enormitate oppressum, sed quaeremus ex ceteris, quae contractum antecesserunt, num sua ipsius culpa damnum passus sit. [7])

Praeter emtionem in sola permutatione laesionis enormis exceptio datur, sed ut in hac decet, utrique reo (§ 365, I, 11), cum ambo emtoris venditorisque personam sustineant (§ 364 ibid.), hic quoque rariorum numorum permutatione exemta (§ 375 ibid.).

Haec duo negotia si exceperis, nullam in toto Codice laesionis mentionem factam esse invenies, nisi ut prohibeatur, quominus contractus hanc ob causam rescindantur.

Primum inaequalitas ejus, quod alter alteri ex conditione pacti se praestiturum esse promisit, respici vetatur in transactione (§ 439, I, 16) de qua juris communis auctores non parum disputasse constat, et hoc praeceptum aliud etiam contractuum genus gravissimum a beneficio excludit.

De communionis hereditatisve divisione enim ambigunt juris communis auctores tantummodo de modo laesionis, quem sufficiat impugnantem docere. [8]) Sunt qui ex singulari quam huic negotio tribuunt, natura contendant,

---

[7]) Hac in re etiam alia exoritur difficultas, cum non indubitatum remanserit, num talis contractus emtio dici possit. Koch enim, quem sequi videtur summum tribunal (Entscheid. tom. 40, p. 126) tali emtioni non solum, si inter heredes dividendi causa fiat, sed ubicunque res quoquo jure in communionem delata ab uno ex condominis sive emendi sive dividendi animo pretio statuto tota acquiritur, singularem quandam naturam tribuit, cui jus accrescendi comparat, immo ipsum inesse putat (conf. ejus Comment. not. 3 ad § 1 et 214, I, 11, p. 716; Lehrb. des preuss. gem. Privatr. tom. II, § 669 et Recht der Ford. tom. III, p. 654 ed. 2.) Sed hujus, qui mihi quidem esse videtur, erroris refellendi hic locus non est.

[8]) Conf. citat. apud Glück, tom. XI, p. 93, Matthiae, I, p. 6. Controversiam hucusque durare inter scriptores et in judiciis notum est (conf. v. gr. Seuffert Archiv tom. I, p. 268, tom. III, p. 222).

omni omnino iniquitate divisionem vitiosam fieri et revocandam aut emendandam esse. Alii distinguunt inter laesionem, quae in portionibus constituendis, et eam, quae in aestimatione rerum in singulas portiones tributarum commissa est: ob hanc nonnisi ei, qui ultra duplum laesus est, in illa si vel minima iniquitas intercesserit, remedium concedunt. Eum vero, qui sive hac sive illa ratione enormiter laesus est, querentem audiendum esse, nullum inveni qui negaverit: quin non pauci nec illa aetate leviori auctoritate celebrati ICti affirmaverunt, etiam divisionem a judice in divisorio judicio factam, quam jam nullo alio remedio vel ordinario vel extra ordinem tributo impugnare liceret, [9]) rescindi posse, si ejus iniquitas dimidiam partem excessisse probaretur. [10]) Jus vero Borussicum non solum hanc controversiam interemit, sed etiam enormem laesionem in rerum communium divisione respici non patitur. Nam cum arbitria divisoria juris communis non receperit, coheredibus vero et mercaturae majoris sociis communionem divisuris singularem quandam procedendi formam ita instituerit, ut ambo rei coram judice ab altero implorato de modo divisionis disputent nec sententia intercedat, nisi de iis causis singulis, de quibus judex adversarios conciliare non potuerit, [11]) — eam divisionem, quae hoc modo confecta est, rei judicatae, [12]) omnes alias transactionis loco haberi jussit (§ 111, I, 17). Quod quomodo accipiendum sit, § 112, I, 17. docet, sanciens, alteram divisionum speciem ex iis solis causis rescindi posse, ex quibus transactiones impugnantur, alteram ex iis, ex quibus res judicatas pervertere licet. Itaque secundum jus

---

[9]) In ceteris causis remedium denegandum esse contra rem judicatam omnes consentiebant.

[10]) Affero tibi: Matth. Wesenbec, comment. ad Dig. 10, 2, Nr. 8; J. Voët, comment. ad pand. 10, 2, Nr. 35; Leyser, medit. ad pand. spec. 117, med. 5—7; Sam. de Cocceji jus civ. controv. 10, 2, quaest. 6 in fine; conf. Glück, tom. XI, p. 90.

[11]) Ordo jud. privat. §§ 8—25, 34 sqq. part. I, tit. 46.

[12]) Illam enim significari, nec eam quoque, quae actis tantummodo insinuata est, appellari judicialem §o 111, A. L. R. I, 17, omnes consentiunt: conf. Koch, Recht der Ford. tom. III, pag. 658 (2 impr.), summi tribunalis praejudicium 2491, 12. Jan. 1853 emissum, Entscheid. tom. 26, p. 501.

nostrum ne ob enormem quidem laesionem ulla divisio retractatur, cum hoc vitium in transactionibus, ut retulimus, negligatur.[13]) Quo a jure communi longissime discedente praecepto[14]) gravissimum sollicitudinum et litium paene inextricabilium fontem abolitum esse jure laetabimur.

Porro in iis negotiis, quibus alter alteri ad faciendum aliquid obligatur, sectione octava tituli 11. part. I. enumeratis remedium denegat § 876, I, 11, initio sectionis illius ita posita, ut omnes qualescunque contractus amplectatur, ad quos definitio §o 869. relata quadrat,[15]) et praesertim omnia illa quoque negotia, de quibus post generalia praecepta inde a §o 894. singulares quaedam regulae inculcantur. Sane, quod inter has § 926. iterum rescissionis ob laesionem ultra duplum prohibitae mentionem faciat in certo quodam faciendi contractu, nequaquam ita interpretari potes, ut generale illud praeceptum §i 876. non valere dicas in his singularibus de faciendo pactis, nisi in iis, in quibus expresse repetitum sit. Haec enim iteratio ideo necessaria visa est, quia pacti species §o 926. designata ex jure Romano ad emtionem venditionem adjungitur[16]) et cavendum erat, ne interpretes juris Borussici §um 59, I, 11 de emtione dicentem ad hoc negotium referrent, novam ei tributam naturam non curantes.

Itaque cum inter faciendi obligationes is quoque contractus enumeretur, quo alter alteri promittit, se ei rem quandam certo quodam pretio comparaturum (Lieferungs-Verträge), in hoc etiam remedium legis 2. Cod. de rescind. vendit. non obtinet.[17]) Dissentit **Bornemann**[18]) et nescio

---

[13]) Conf. **Bielitz**, Comment. tom. II, pag. 409; **Bornemann**, Syst. tom. III, p. 39; **Plathner**, Geist des preuss. Privatrechts, 1854, tom. I, pag. 359.

[14]) Miror, quomodo **Bielitz**, Nachtr. fasc. 2, p. 71 dixerit, ex jure quoque communi remedium legis 2. Cod. de rescind. vend. in hereditate divisa cessisse, et **auctorem** hujus opinionis citaverit **Glückium**, Comm. tom. 17, p. 70, cujus verba licito magis supine legisse videtur.

[15]) Itaque merito supremum tribunal beneficium denegavit, cum quis quereretur de magnitudine mercedis parario promissae: Striethorst Archiv, tom. 38, p. 317.

[16]) L. 2. § 1. D. loc. cond. 19, 2; l. 20. 65. D. de contr. emt. 18, 1.

[17]) Sic **Plathner**, Geist des preuss. Privatrechts, tom. I, pag. 359.

[18]) System tom. III, p. 39.

annon etiam Koch,[19]) haud dubie §i 987. dispositione commoti, quae post rem comparatam emtionis regulas valere jubet. Sed his significantur evictio, vitia aedilitia, pretii solutio, de quibus solis post traditam rem quaeritur: laesio vero non hoc demum tempore committitur, sed ipso pacti de re immodica mercede comparanda conventi momento, et cum ex laesione error praesumatur, hunc tempore contractus intercessisse necesse est, quo negotium non jam in emtionis figuram transierat, sed etiamtunc suam propriam speciem retinebat.

Denique etiam expressa sanctione §i 486, I, 11. cavetur, ne hereditatis venditio ob inaequalitatem impugnetur.[20])

Commemorantur praeterea quasi laesionis exceptionem prohibentes § 26. ordinis judiciorum privatorum part. I, tit. 22,[21]) sed plane nescio quo jure, et § 515. Cod. civ. II, 1,[22]) sed prorsus inepte, quoniam haud dubie non agit de laesione ejus, qui rem ad utensilia aut res expeditorias[23]) pertinentem emit aut vendidit, sed de quasi inofficiositate, quam quodammodo venditor adversus hunc committere videtur, cui eae post mortem alienantis cessurae essent.

Quibus absolutis transeamus ad graviorem illam quaestionem, num in ceteris negotiis, in quibus Codex noster non expresse vetuerit laesionem accusari, remedio rescissionis uti liceat, ita ut in contractibus bilateralibus generale laesorum auxilium dicendum sit. Auctor quidam anonymus[24]) affirmat, sed adjicit, exceptiones, quibus expresse impugnatio prohibita sit, tam frequentes esse, ut re ipsa et veritate nequeat ullum negotium praeter emtionem et permutationem cogitari, in quo generalis illa regula vim suam exercere possit: quod quam falsum sit, apparet commemoratis loca-

---

[19]) Denegat beneficium: Recht der Ford. tom. III, p. 1012, not. 2 et p. 1014; concedere videtur: Commentar not. 37 ad § 58, I, 11, p. 730 impr. 4tae; iterum denegat: not. 44 ad § 987, I, 11, p. 979 ejusd. impress.

[20]) Conf. Glück, tom. 17, p. 103; Matthiae II, p. 6.

[21]) Bornemann System tom. III, p. 39, not. 3.

[22]) Bielitz, Nachtr. fasc. 2, p. 72.

[23]) Hoc modo verba „Gerade“ et „Heergeräthe“ interpretor auctoritatem veteris speculi Saxonici versionis sequens.

[24]) Dissert. cit. in de Kamptz Jahrb., tom 41, p. 347.

tione conductione et contractu aestimatorio. Ceteri omnes negant optimo jure.[25]) Jam primo capitulo enim retulimus, primo eam fuisse intentionem, ut remedium leg. 2. Cod. de resc. vend. ex novo codice ejiceretur, et in illo quod typis mandatum non est, projecto disertis verbis omnem omnino laesionis respectum, nisi dolus subesse videretur, interdictum esse, nec postea in animo fuisse ut tota juris communis doctrina, sed ut certa ejus pars quaedam eaque admodum restricta reciperetur. Itaque laesionis remedium ex jure nostro non generale, sed singulare censendum nec nisi in iis negotiis admittendum est, in quibus expressis verbis conceditur, h. e. in emtione et permutatione. Nec proverbium illud, exceptionibus regulam confirmari, hic opponere poteris dicens, eo, quod in hereditatis emtione, in faciendi obligationibus et in transactionibus expresse remedium negatum sit, probari idem in his locum habiturum fuisse, nisi vetitum esset, ideoque admittendum in omnibus aliis. Legum enim nostrarum conditores, cum antequam Codex promulgaretur, omnem hanc materiam subtilius elaborarent omnemque dubitationem ab ea removere studerent, longe aliam ob causam illa specialia praecepta ex usu esse credidisse videntur. Hereditatis venditio jure communi in emtionis venditionis vulgaris genus cadens, jure nostro demum singularis contrahendi species constituta est: qua de re, aeque ac supra de §o 126, I, 11. diximus, non inutile erat prospicere, ne nova ejus natura hac in re negligeretur ab iis, qui juris Romani praeceptis addicti ambo negotia conjungere studerent. Similem causam §i 876. ejusdem tituli praesumere licebit, cum magna pars negotiorum quae faciendi obligationum nomine continentur, inter contractus innominatos juris Romani connumeranda permutationique quam maxime affinis sit. In transactione denique sine dubio memoria acerbissimae illius

---

[25]) Grattenauer, in Mathis jurist. Monatschr. tom. VII, 1808, p. 539; Merkel, Comment. tom. I, p. 218; Bielitz, Nachtr. fasc. 2, p. 71; Bornemann, Syst. tom. III, p. 39; Koch, Recht der Ford. tom. III, p. 706, sq. et Comment. not. 37 ad § 58, I, 11, tom. I, p. 729 sqq.; sententia judicii supremi die 18. mens. octobr. anno 1860 emissa apud Strietborst, Archiv tom. 38, p. 317; legum revisores, pens. XIV, p. 26; Plathner, Geist des preuss. Privatr. tom. I, p. 359.

controversiae legislatorem commovit, quae de rescindenda ea propter laesionem enormem inter auctores juris communis agitabatur.

Itaque remedium nostrum generale esse negantes argumentis aliunde haustis non indigemus, ut aleae contractus (sectio 6. tit. 11. part. I) excludamus. Quod enim vulgo recurritur ab iis, qui idem probaturi sunt, ad §§os 528. 529, I, 11. (§ 346, I, 5. eodem jure adjici posset), in negotiis ex utraque parte aleatoriis sufficit, neque vero in iis, quibus una tantum ex parte alea inest, si spes aut res sperata non pecuniâ numeratâ, sed alia certa re permutatur: tunc enim in aestimatione hujus rei error utrimque incidere potest, cujus accusatio a §§ citatis de re sperata vel spe ipsa exspectationem fallente sola agentibus non impediretur.

Porro eandem ob causam contractus aestimatorii (sect. 5. tit. 11. part. I) aut locationis conductionis impugnationem laesione nitentem non probabimus.[26]) Sed admittunt conductorem Grävell,[27]) Legum revisores,[28]) Bornemann,[29]) Löher,[30]) Koch.[31]) Quem postremum nominavi, opinionis suae rationes duas profert. Primam, quod fundamentum remedii ex nostro jure error alterius paciscentis sit: sed de hoc ipso agitur, ut probetur, hunc errorem in locatione a lege respici. Deinde affirmat, locationem conductionem esse emtionem venditionem juris utendi vel fruendi re locata. Haec vero est comparatio, quam in pleniori dicendi genere facile admittemus, non juris praeceptum, quod produci possit ad consequentias, ut hanc ob similitudinem jura emtionum transferre possimus ad conductiones, in idem vitium incursuri,

---

[26]) Sic Grattenauer l. l. p. 539, not. 59; Merkel, tom. I, p. 739; Bielitz, Nachtr. fasc. II, p. 73; summi tribunalis praejudicium 2270. de 11. Junio a. 1850, non enumeratis rationibus in Entscheid. tom. 19, p. 489 publicatum et ejusdem sententia de 29. Sept. 1862 apud Striethorst, Archiv tom. 45, pag. 354; Plathner l. c. p 350, 355, 359.

[27]) Lehre vom Niessbrauch, Miethe und Pacht, 1820, p. 129.

[28]) Pens. XIII, XIV, p. 76.

[29]) Syst. tom. IV, p. 298.

[30]) System des preuss. Landrechts, 1852, p. 197.

[31]) Recht der Ford. tom. III, p. 923: at in Commentario not. 37 in fine ad § 58, I, 11, p. 731, tom. I, et not. 13 ad § 263, I, 21, p. 999, tom. II, summi tribunalis opinionem contrariam approbare videtur.

quod in Bielitzio et Merkelio et Plathnero spectatur remedium in locatione denegantibus, quia fructus speratos spectet et hanc ob causam aleatoria dicenda sit.[32]) Hi enim non aliter ac Koch ex una sola propinquitatis ratione duo in omnibus aliis rebus diversa negotia confundunt. Longe plenius argumentum, quo a Kochio praetermisso cum revisores, tum Grävell et Bornemann utuntur, ex §o 263, I, 21., si ejus verba premas, praesto esse videtur,[33]) cum definiat, de pretio locationis eadem valere quae de pretio emtionis tradita sint. Accedit, quod in projecti §o 134, tit. 20. part. II, quae citato § 263. respondet, allegatae sunt §§ 43–59. tit. 8. part. II, respondentes §§is 46.—74. tit. 11. part. I. Codicis et una rubrica „de venditionis pretio“ notatae. Sed haec argumenti imago magis est quam veritas. Nam in illo loco, ut in Codice primae et secundae praelectionis est, jam tantummodo citantur §§ 46. et sequentes tit. 11: hoc vero loco rubrica „de pretio venditionis“ jam non continentur nisi §§ 46. usque ad 57. et inde a §o 58, quae prima agit de nostro remedio, nova apposita est rubrica „de laesione ultra dimidium“, ut novum et separatum a doctrina de pretio

---

[32]) Non minus debile argnmentum novissime a summo tribunali (Strriethorst Archiv tom. 45, p. 356) allatum est, affirmante, cum in locatione fructus futuri ab utraque parte in definitione pretii respiciantur, laesio vero enormis secundum § 62, I, 11. ex rei aestimatione, quae tempore contractus justa fuerit, dijudicanda sit, plane intelligi non posse, quomodo laesio enormis ad hoc similiumque contractuum genus applicetur. Quod si verum esset, aeque ex jure communi haec ancipiti eventu agitata controversia inepta esset, cum secundum leg. 2. Cod. de resc. vend. etiam laesio ex solo contractus tempore recenseatur. Num vero emuntur res eam solum ob causam, ut statim commedantur aut consumantur, annon etiam ideo, ut permaneant futuroque tempore utilitatem emtori praebeant? Et cum quotidie videamus distingui rei ipsius vel materiae et fructuum vel usus ex eadem provenientis aestimationem, nihil obest, cur si conductor se laesum esse queratur, hoc, quod conductionis tempore fuit, fructus vel utilitatis pretium comparemus cum mercede, quae inter contrahentes convenit. Plathner similiter etiam errat in cessione, cum praeter § 390, I, 11. hanc illicitae rescissionis causam alleget, in illa quoque partes spectare incertum futuri temporis eventum: l. c. p. 355; sed cessio differt quam maxime ab aleatoriis negotiis, quia in his alea, in illa res certa, quamvis ut omnes humanae res, casui obnoxia emitur.

[33]) De quo summum etiam tribunal in sententia citata haesitat.

incipiat capitulum. Quae quin expresse ita mutata sint, ut citatio §i 263. jam non de remedio etiam, sed de solis §§ 46.—57. intelligeretur neve rescissio ad locationem extenderetur, eo minus dubitari potest, quia, ut in fine capitis primi notavimus, haec tota doctrina post emissum projectum funditus retractata est hujusque revisionis alius finis cogitari non potest, nisi ut singularis remedii natura clarius appareret omnisque dubitatio de ejus extensione removeretur.

Jam quis miratus fuerit, cur non dixerim de rescissione nominum cessionis propter laesionem, quam a quibusdam scriptoribus repelli videmus propter §§ 390. 391, I, 11.[34]) Sed has §§ si diligentius consideraveris, intelliges, in iis solam famosae legis Anastasianae reprobationem ita ut debitor cessus non possit excipere cessionarium minorem pecuniam cedenti solvisse, nihil vero de nostra quaestione contineri, num cessionarius cessionem ob laesionem enormem revocare queat. Ego vero puto hanc quaestionem non recte ita institui, num nominis cessio rescindatur ob laesionem ultra duplum. Plane eodem jure dici posset, traditionem ob inaequalitatem irritam fieri; at ab omnibus conceditur non traditionem vitiosam esse, si pacto alterum ultra duplum laedente innitatur, sed hoc ipsum pactum num vitiosum sit, quaeri vitiosumque rescindi, quod postquam factum est, alter rem acceptam, alter pretium restituere debet. Eadem vero res est in cessione. Haec quoque ex juris Borussici praeceptis aeque ac traditio, non est contractus obligatorius et omnino in pacti speciem eodem tantummodo latiori sensu cadit, quo corporis traditio; sed ipsa est nominis traditio eodemque munere fungitur, quo in rebus corporalibus possessionis translatio. Quam opinionem jam inde a glossatorum tempore non raro a juris Romani scriptoribus prolatam[35]) apertissime § 377, I, 11. profitetur.[36]) Qua admissa

---

[34]) Auctor anonymus in de Kamptz Jahrb. tom. 41, p. 348; Bornemann Syst. tom. III, p. 39, not. 5; Plathner, p. 359.

[35]) Conf. quae Mühlenbruch, Cession. p. 240, 502, not. 19, impr. III, attulit, quibus addas Paul. de Castro, comment. in Cod. ad l. 22. mand. Nro. 9 (Lugd. 1565, fol. 223.).

[36]) Conf. summi tribunalis sententias in Entscheid. tom. 9, pag. 213, tom. 21, p. 351, (Striethorst tom. II, p. 228); Striethorst Archiv, tom. 19, pag. 47.

nihil tam naturale fuit, quam ea quoque ad cessionem transferri, quae in corporum traditione de titulo acquirendi prioribus temporibus ad celeberrimam Hugonis usque refutationem opinione communi probabantur et quae a Codice nostro recepta esse notum est. Itaque non secus atque a multis antiquioribus juris communis auctoribus cessionis titulus habilis exigitur pactum de cedendo nomine conventum cessionem ipsam praecedens (§ 376, I, 11).[37] Hic vero titulus non est singularis contractus species, sed ut in traditione, quodlibet jure civili probatum negotium esse potest pactique de cedendo munere fungentem emtionem, permutationem, donationem, contractum aleatorium aut de faciendo admittemus ejusque vim et effectum ex iis praeceptis dijudicabimus, quae singulis his contractibus statuta sunt.[38]

Quare non generaliter, num cessio ob laesionem revocari possit, sed in singulis causis quaeremus, num id pactum, quod de cedendo convenerat, laesionis exceptionem admittat, h. e. num nomen emtum permutatumve sit: nam tunc solum ut corporalis rei alienatio, sic nominis translatio rescisso contractu revocari poterit.[39]

Duabus vero ex causis usus remedii in nominibus emtis vel permutatis admodum exiguus sit necesse est. Primum, si

---

[37]) Cf. Revisores ad tit. 11 et 13, p. 66; Koch, Uebergang der Forderungsrechte, p. 32—38.

[38]) Argum. §§ 378, 381, I, 11, in qua emtio et permutatio non quasi soli tituli cessionis onerosi commemorantur, sed omnium reliquorum instar et quia, cum ambo longe frequentissime cessiones praecedant, cetera commutativa negotia non male repraesentant. Conf. Koch, Uebergang der Ford. p. 32 sqq., Comment. not. 18 ad § 393, I, 11, tom. I, p. 829, Anleit. zur preuss. Processpraxis tom. I, p. 532—536. Dubitatio inde nasci posse videatur, quod summum Berolinense tribunal in quadam sententiia (Strietliorst tom. 32, p. 103 sqq.) quodcunque pactum de cedendo inter faciendi obligationes collocare voluit, quia cessio esset factum: sed hunc errorem revocavit idem (IV.) consilium sententia nuper publicata (Striethorst tom. 45, p. 291) rectissime agnoscens, omnem omnino contractum de re corporali eodem jure pactum de faciendo dici debere, cum corporis quoque traditio quin factum sit, dubitari nequeat. Confer. etiam de discernendo pacto de cedendo ab ipsa cessione et utilitate hujus discriminis in judicandis rationibus inter cedentem et cessionarium secundum jus Romanum: Schliemann, Haftung des Cedenten 1848, p. 16 sqq.

[39]) Sic Koch, Lehre vom Uebergange der Forderungsrechte, p. 202.

bonitate aut veritate deficiente cessionarius damnum sensit, rescissio contractus ei deneganda est, quia tunc ex §§ is 420, I, 11. regressus ad cedentem patet aut, si regressui renunciavit, negari non potest, quin in culpa versatus sit. Porro si pecuniarium debitum emens cessionarius tam supine pecuniam suam jactavit, ut duplo majus pretium creditori promitteret, quam a debitore exigi posse ex magnitudine pecuniae debitae pateret, hic quoque negligentiae suae auxilium non inveniet. Ex quo consequitur in nominum alienationis duabus casibus solis rescissionem ob laesionem admittendam esse, si cessus non pecuniam, sed aliam rem dare aut facere debet et cessionarius juste ignorans, quanti haec res et hanc ob causam ipsa obligatio sit, duplo majus pretium solvendum aut duplo cariorem rem permutandam promisit — quod quam raro contingat apparet, — aut si quis obligationem, cujus literae debitorem nominantes in publicis mercatorum conventibus certo pretio notari solent, emit mercede duplum hoc pretium excedente.[40])

Cap. III.

Quando laesio enormis adesse dicatur et quemadmodum probanda sit.

Venditor quando enormiter laesus esse intellegatur, lege 2. Cod. de rescind. vendit. satis dilucide declaratum est, cum ei venditionis rescissio concedatur, si nec dimidia pars

[40]) Gruchot, Beitr. Jahr. I, p. 59, nunquam in cessionibus remedium admittit, sed hanc solam ob causam, quia leges de praestanda bonitate et veritate omnes casus complectantur, in quibus cessionarium laesum esse cogitari possit. Quod quam falsum sit, apparet ex causis supra propositis. In his enim cessionarius certissime laesus est: sed non potest queri, nomen aut non esse ant non bonum esse, nec adsunt rationes, quae generaliter in quibuslibet contractibus beneficium excludunt. Itaque cum argumento unico ipsa Gruchotii sententia removetur.

veri pretii soluta est. Sed de emtore, cui beneficium legis illius a doctoribus tributum est, expressa legis definitio deest; nihil vero magis naturae consentaneum esse videtur, quam tunc eum enormiter laesum esse dicere, si aeque ac venditor in legis 2. cit. exemplo, duplo plus reddidit, quam ipse recepit, i. e. si pro re emta pretium promisit, quod veram rei aestimationem altero tanto superat, ut re vera ultra duplum, scil. ejus, quod accepit a venditore, sive ultra dimidiam partem, scil. ejus pecuniae, quam pollicitus est, laesus sit. Itaque v. gr. a contractu abire poterit, si rem decem aureis valentem viginti et uno emerit. At hic vetus dubitatio exorta est. Azo enim verbis in lege 2. Cod. cit. usurpatis insistens emtorem quoque tantummodo ultra dimidiam partem veri pretii laesum esse debere affirmavit, quod tunc factum esse dicebat, si pretium solutum veram aestimationem dimidia hujus parte excederet, i. e. si emtor pro re decem numorum sedecim persolvisset, ut sex numis, uno dimidiam aestimationem superante, laesus esset. Cui jam Placentinus, Albericus, Martinus, Hugolinus aliique glossatores contradixisse eamque, quam priorem proposuimus definitionem probasse referuntur.[1]) Nihilominus Azonis opinio in glossam ordinariam Corporis juris tam civilis[2]), quam canonici[3]) recepta inter juris Romani doctores longe majori auctoritate et consensu ad Molinaei usque aetatem celebrata est, cujus refutatio primum familiam duxit. Ancipite deinde certamine inter ambarum opinionum probatores usque ad finem seculi XVIII. pugnatum est[4]) et vicit Placentini pars, ut nostro tempore scriptorum neminem invenerim, qui Azonis signa sequatur, et judicum quoque praxis ab hoc descivisse videatur.

In historia nostri Codicis hujus controversiae vestigia spectantur. In projecto enim, quod annis 1784 et sequentibus typis mandatum est, § 53. tit. 8. part. II. loquitur de pretio rei aestimationem dimidia parte (scilicet ipsius aesti-

[1]) Hugolini diversit. domin. § 253, apud Hänel, dissensiones dominorum, Lips. 1834, p. 426, 427.
[2]) Gloss. ad leg. 2. C. cit. ad voc. judicis.
[3]) Gloss. ad cap. 6. X. de contr. emt. ad verb. dimidium.
[4]) Cf. Glück, Comm. tom. 17, p. 32. sqq., Matthiae II, p. 2.

mationis) superante,[5]) in quo Suarczium Dariesii magistri sui exemplum secutum esse putaverim, qui inter Azonis assectatores enumeratur. In Codice ipso vero, ut nunc est, claris verbis exigitur pretium duplam rei aestimationem excedens (§ 59, I, 11),[6]) ut jam dubitari nequeat, legis conditores priori opinione deserta in Placentini castra transiisse, fortasse Florencourtii et Herrenschneideri mathematicis inprimis argumentis veram computationem defendentium libellis tempore intermedio in lucem emissis commoti.

Commune pretium a lege solum respici nemo dubitat. Tempus vero, ex quo rei aestimatio facienda sit, cum in lege 8. Cod. cit., tum in § 62, I, 11. juris Borussici satis clare exponitur esse tempus celebratae venditionis. Itaque si illo die, quo partes contraxerunt, unum idemque rerum illius generis pretium constitit, hoc cum mercede promissa comparandum est, sin illo ipso die, ut interdum fit, pretium sive auctum sive minutum est, id quod ipso contrahendi momento constabat. Pretia vero cum ex ea pecunia definienda sint, quae in plurimis de ejusmodi rebus contractibus pro iisdem numerata sit, nec omni tempore tales contractus celebrentur, fieri potest, ut constet de pretio, quod paulo post aut paulo ante commune fuit, sed nihil certioris afferri possit de aestimatione rebus talibus ipso venditionis tempore tributa. V. gr. Calendis Aprilibus res quaedam constiterunt decem numis, ante diem sextum Idus ejusdem mensis undecim; pretium quod tempore intermisso fuerit, ignoratur; Nonis Aprilibus emtio contracta est numis viginti uno. In tali causa illud pretium de quo novissimo contractus diem antecedente experiri poterimus, in taxatione laesionis adhibendum est, non illud, de quo primo post emtionem communi certiores facti sumus, neque medium inter utrumque positum. Hoc enim ex mero arbitrio emtionis diei tribueretur; illud vero ad tempus, quod praecessit, referri nequit, cum serius demum extiterit. Itaque id pretium commune, quod antea fuerit, substitisse et perseverasse credendum est, donec alio

[5]) „Ist dieses Missverhältniss so gross, dass . . . der Kaufpreis den Werth der Sache um mehr als die Hälfte übersteigt etc.“

[6]) „Ist dieses Missverhältniss so gross, dass der Kaufpreis den doppelten Betrag des Werths der Sache übersteigt.“

pretio inter homines accepto cesserit. Quam ob rem in casu modo proposito pretium quod Calendis fuit, in judicanda laesionis quaestione spectantes emtori contractus rescissionem permittemus.

Porro si tempore contractus ut commercii humani natura fert, graves et levissimis forte ex causis natae pretiorum fluctuationes subito exstiterint, ut aestimatio, quae emtionis die fuit, respicienti conditionem, quae paulo praecessit pauloque post insecuta est, plane singularis et minime naturalis videatur, istarum rationem non habebimus. Ex ipso illo die enim contrahentes conditiones suas pepigisse credendum est, licet offendi videatur aequitas; quam ipso remedio nostro magis cerebrinam si admitteremus, incerti omnique firma ratione destituti vagaremur quaerentes, quibus temporis finibus hic aequitatis respectus coërcendus vel quodnam naturale illius temporis pretium fuerit. [7])

Cum vero rerum pretia regionibus diversis diversa esse soleant, in legibus nostris de loco, qui in taxanda laesione respiciendus sit, nihil expresse dictum est. Quam lacunam expleturi [8]) in rebus immobilibus vix dubitabimus aestimationem, quae loco rei sitae fuerit, spectare, consentientes cum scriptoribus juris communis, [9]) licet leges ab iisdem citatae nihil ad rem facere videantur, [10]) sed rerum ipsarum immobilium aliam aestimationem non admittentium natura commoti. At in rebus mobilibus cum illis convenire non possumus dicentibus in his taxationem instituendam esse ex pretio, quod loco contractus constiterit. [11]) Nam haec opi-

---

[7]) Conf. Cocceji, jus civ. controversum libr. XVIII, tit. 5, qu. 6.

[8]) Auctor anonymus in de Kamptz, Jahrb. tom. 41, pag. 355. semper locum contractae emtionis respici jubet, sed argumenta non affert.

[9]) Conf. Glück, tom. 17, p. 58. Rarissime hic locus ab auctoribus tractatur.

[10]) Snnt vero l. 8. C. de rescind. vend., in qna nihil invenire possum, quod quaestioni nostrae resolvendae inserviat, et l. 4. § 5. D. de act. E. et V. 19, 1. (conf. Berger, oecon. jur. libr. III, tit. 5 Nr. 18, not. 3; pag. 671 impr. Vtae Lipsiae 1741) quae definit, quando in actione emti pro bonitate loci (id est vineae vel oliveti, quorum tot esse jugera dictum est et minus invenitur) aestimatio fiat.

[11]) Cf. Glück, tom. 17, p. 58 not. 46, ibique citatos; quem ex Thibautii pandectis attulit, locns in impr. 8va est § 500.

nio ne ex juris Romani quidem principiis satis firma esse videtur. Quos locos probaturos afferunt,[12]) quidquam hic conferre nego. Lex enim 6. D. de evict. (21, 2) et l. 34. D. de reg. jur. tantummodo praecipiunt, ut quae non expresse a partibus pacta sint, ex more ejus regionis suppleantur in qua negotium gestum est. L. 1. pr. D. de usuris (22, 1) de foenore in bonae fidei contractibus simili modo definiendo agit. Lex denique ult. § 5. Cod. de administr. tutor. (5, 38) permittit tutoribus et curatoribus fructus ex bonis pupillorum vel curandorum collectos sine decreto magistratus distrahere justo pretio, quod in locis ubi venditio celebretur, noscatur obtinere. Sed haec definitio omnino ex persona venditoris solius justa est, emtori iniquissima. Hic enim in concedendo pretio nunquam locum contractus qua talem respicit, sed eum, quo ipse in possessionem rei emtae perventurus est, et sive hic, sive illic rem accipiet, major minorve utilitas inde ei oritur. Quare in urbibus principalibus, in quibus merces ex variis regionibus provenientes vendi emique solent, videmus pretia plurimarum rerum varia notari ex diversitate locorum, in quibus venditores se rem alienatam emtori tradituros esse promittunt. Itaque hic quoque aequissimum puto non quod contractus, sed quod solutionis loco contractus tempore commune pretium fuerit, in rerum mobilium alienatione ad taxandam laesionem applicare: cujus opinionis, in quantum de Codice Borussico agitur, adjumentum §§orum 256. 257, I, 5. similitudinem affero.

Denique justam rei aestimationem ab emtore venditionem rescindente demonstrandam esse, non indiget argumentis. Sed non parva dissensio inter juris Romani auctores fuit de generibus probationum, quibus hic uti liceat, cum alii subhastationem rei emtae exigerent — qua admissa ambo rei illa carerent nec intelligi posset, quomodo is, qui alterum laesit, jure electionis a lege 2. Cod. de rescind. vend. ei tributae frui posset, — alii peritos rerum similium aestimatores postularent, tertii hos rejicerent et rem ex communibus regulis de factis probandis expediri juberent sive per

---

[12]) Cf. Berger l. c. et Glück, tom. 17, p. 58 not. 46.

instrumenta, sive per testes, quin per jusjurandum delatum.[13]) Mihi quidem ita distinguendum esse videtur, ut rei praesens conditio et gravitas mutationum, quas tempore intermedio perpessa esse dicatur, a peritis arbitratoribus aestimetur, sed generalibus probationum generibus demonstretur, quas mutationes res subierit, et quanti tempore emtionis res ejus conditionis fuerint, qualem mercem emtam tunc fuisse ab arbitratoribus pronunciatum est.

Codex Borussicus eos, quos secundo loco nominavimus, sive, quod magis crediderim, principium §o 116, I, 2. constitutum secutus,[14]) §o 61. et 366, I, 11. justum rei venditae pretium unice per peritos aestimatores probari sinit,[15]) quos § 64, I, 11. in taxatione instituenda ea principia observare jubet, quae tempore contractus ex lege aut ex more regionis viguerunt. Adjunxit aliam sanctionem maxime singularem. Nam cum arbitratores re inspecta aliud judicium proferre non possint, nisi quanti nunc sit, id vero nesciant necesse sit, quanti tempore praeterito fuerit, quoniam qualis tunc fuerit, ignorant nec divinare possunt: emtoris esset probare eandem ejus conditionem fuisse, cum emeretur, aut, si mutationes subiisset, has ita clare et dilucide demonstrare et explicare, ut homines periti non dubitarent de hoc etiam judicare, quantum de pretio detractum aut auctum esset. Quantum ex hoc difficultatis naturum esset, neminem effugiet. Sed ei prospicit § 63, I, 11. praecipiens, ne aestimationis mutatio tempore intermedio inter emtionem et taxationem facta praesumatur. Hanc legem, si solam consideras, rectae rationi parum consentaneam esse non immerito dixeris.[16])

---

[13]) Glück, tom. 17, p. 59—66, Matthiae II, p. 11.

[14]) Auctor anonymus in de Kamptz Jahrb., tom. 41, p. 354. hoc ex eo profectum esse putat, quod error emtoris de aestimatione et rescissio inde nata secundum jus Borussicum vix contingere possit nisi in rebus, quarum taxatio valde difficilis sit.

[15]) Hoc jam in projecto statutum fuit, insertis §o 53, II, 8. verbis „ex arbitrio hominum expertorum juratorum." Codex quoque Napoleonis art. 1678. solis arbitratoribus verae aestimationis probationem committit, sed ob odium totius remedii tres postulat.

[16]) Miror quomodo auctor anonymus l. c. p. 355. hanc legem naturalem esse affirmaverit.

Nam nec illud ex omni parte conveniens esse videtur, quod § 28. Ord. jud. priv. part. I, tit. 13. tam generaliter facta et mutationes praesumi vetat ita ut, quod aliquando exstitisse probatum est, tempore posteriori perseverasse credendum sit, donec mutationem factam esse appareat; nostra vero § 63. hanc legem ad tempus praeteritum refert, ut rei conditio, quae hodie esse videatur, etiam priori tempore affuisse fingatur, quo qualis re vera fuerit nesciatur, nec immerito affirmari poterit, eam omni humanarum rerum naturae contrariam esse.[17]) Nihilo secius ex practica ratione negare non possumus illam § in causis laesionis enormis dijudicandis esse utilissimam. Nam cum jam sufficiat emtorem rei statu, qui nunc est, probato affirmare, eundem tempore contractus diversum non fuisse, et venditoris sit, quae rei conditionem mutaverint, demonstrare, hoc demum modo dempta probationum difficultate emtorem opprimente, remedium efficax et utile redditum est, dum ex juris communis doctrina, quamvis recta et sana, rarissime contingit, ut laesus sive venditor sive emtor victor ex lite procedat, quamobrem jam Thomasius beneficii legis 2. C. de rescind. vend. exiguum esse usum, h. e. utilitatem practicam non injuria contenderat.[18]) Num ex hac solius utilitatis causa § 63. nata sit, an potius illustrissimi cujusdam juris Romani auctoris exemplum legis lator secutus sit, certum quid affirmare non audeo. Donellum enim invenimus eandem prorsus doctrinam de onere probandi rescindenti contractum actori incumbenti professum esse. Quem locum, licet ignoremus, num Suarezio aut ejus sociis notus fuerit, operae pretium est integrum hic adjicere.[19]) „Quid, inquit, si difficile erit meminisse et probare, quae fuerit vera aesti-

---

[17]) Sic rectissime supremum judicium pronunciavit, cum in alia causa litigans quidam §um 28. Ord. jud. priv. citatam ad tempora anteacta applicaret. Entscheid. tom. 8, p. 468; conf. etiam Rechtsfälle aus der Prax. des Obertribunals neueren Verfahrens tom. I, p. 291.

[18]) Diss. de acquit. cerebr. etc. citat. cap. 3; conf. etiam Huber prael. ad pand. 18, 5, No. 4. Processum seculo longiorem relatum invenies apud Strube, rechtl. Bedenken p. III, medit. 118, pag. 400 seqq.

[19]) Donelli comm. in Cod. Just. ad leg. 2. cit. No. 13, in oper. Florent. 1846 ed. tom. VIII, col. 882.

matio tempore venditionis, quia forte longo post tempore emtio rescindatur? Hoc consilii dandum est, ut probetur praesens aestimatio fundi, de quo agitur, et dicatur eum fundum non fuisse mutatum ex eo tempore, ex quo venditus est; nam necesse est, nisi sit mutatus et mutata ejus aestimatio, eandem etiam aestimationem prius fuisse, quae nunc est; quodsi emtor dicat mutatam esse, id probare debebit, argum. in leg. eum qui (22.) D. de probationibus." Quam legem si evolveris, Donellum eam sibi in auxilium vocasse, stupebis. Confiteor, secundum jus romanum etiam multo majorem actoris utilitatem ex hoc errore nasci, cum non brevi spatio, sed triginta annorum praescriptione remedium extinguatur: non minorem vero iniquitatem adversus reum exercet, si post longum tempus ex laesione conveniatur, cui a Codice Borussico sapienter cautum esse mox videbimus.

Cum vero venditoris sit probare, rem tempore contractus pretiosiorem fuisse, quam tempore taxationis a judice instituendae, et demonstrare, quibus causis deterior reddita sit, contra emtori onus probationis injungendum est, si ipse contendit, rem priori tempore viliorem fuisse, quam nunc eam esse appareat; quod si convicerit, ei succurrendum est. Errori enim, quo in contrahenda emtione capiebatur, non medentur commoda rei aut casu aut emtoris ipsius industria postea conjuncta, sed haec ab aestimatione rei detrahantur necesse est. Neque magis ea, quae emtor non tam ex ipsa re, quam sola occasione dominii sibi competentis lucratus est, in taxatione laesionis spectanda sunt; itaque thesaurum in fundo emto inventum licet emtor sive totum sive dimidium retinuerit, ut jam ultra duplum laesus non sit, tamen admittetur ad impugnationem, cum talia sint fortunae dona, non a venditore novo domino comparata.[20]) Quid, si venditor ipse rem antequam tradat, ita emendaverit, ut ejus aestimatio multo major facta sit? Quae si pretium promissum jam assequitur aut superat, emtor accepit rem pretio soluto aequalem nec ullo modo laesus est nec agere

---

[20]) Conf. Glück, comm. tom. 17, p. 56 sq.

poterit. Sin aucta aestimatio dimidio pretio major, toto inferior est, emtor etiamnunc incommodum sentit et, cum tempore contrahendi eum ultra duplum laesum fuisse constet indeque error a lege praesumptus affuisse videatur, non repelletur, quoniam actionis causa perdurat.

Cap. IV.

De erroris natura, quo probata laesione emtorem captum fuisse praesumitur.

Laesione ultra duplum comprobata, § 59, I, 11. praesumi jubet, emtorem in tali errore, cum contraheret, versatum esse, qui generaliter ad rescindenda negotia sufficiat, et respiciendas indicat §§ 75. sequentesque I, 4, quae de errore hoc modo agunt. Distinguuntur ignorantiae negotia vitiantis duae species. De altera queri licet, quamvis is, qui erravit, sua ipsius culpa in errorem inciderit (§§ 75—80). Altera vero non excusatur, nisi errans ne mediam quidem culpam commiserit (§§ 81, 82). Primam speciem efficit error de essentialibus negotii vel de corpore, de quo principali agitur (§ 75) [1]), de persona ejus, cui jus transfertur, si absque hoc errore alia errantis voluntas futura fuisset (§ 76), denique de qualitatibus mercis aut personae expresse pactis commissus (§ 77). Altera species complectitur errorem de qualitatibus rei personaeve, quae tacite et ex consuetudine inesse creduntur. Jam cum appareat ex his erroris essentialis generibus non nisi unum paragrapho 59, I, 11. significari posse, Koch ignorantiam aut de negotio aut de

[1]) Conf. Bornemann, Rechtsgesch., impr. alt. 1833, p. 132 sqq.; Heydemann, Einleit. in das System des preuss. Civilrechts, 1861 (impr. alt. libri ejusdem auctoris, quod sub titulo „Syst. des preuss. Civilr. im Grundriss" a. 1851 prodiit), tom. I, p. 176; Koch, Comment. not. 80, 81 ad § 75, I, 4.

corpore hic intelligi vult[2]). Quam benignissime concessam electionem accipere non possumus: quid enim rei aestimationis est commune cum emtionis permutationisve essentialibus ac natura, aut quomodo de identitate rei a partibus designatae hic dubitatio excitari poterit? Nec majori jure emtor de persona contrahentis deceptus esse diceretur, aut de virtute rei promissa: quid enim, si nihil expresse de mercis conditione convenit? Itaque nulla alia ignorantiae materia relicta est, nisi qualitates tacite inesse creditae[3]). Hunc erroris casum subesse, si argumentis indiget, praeclare probatur ipsius Suarezii verbis, quae modo retulimus, cum de mutata in Codice nostro remedii natura dissereremus.

Sed accuratius rem definiamus necesse est Nam nonnunquam invenimus haec ita intelligi, ut, si emtor probaverit pretium solutum duplo majus esse, amplius demonstrare debeat, abesse qualitatem quandam rei inesse creditam: quod si convicerit, praesumi eum errasse de hac qualitate[4]). Haec sententia, licet subtilissima, rei veritatem minime assequi videtur. Quid enim statuent, si hoc solum vitium in re erit, quod est vilissima? Singulae vero virtutes aut defectus pretium rerum aut majus aut minus reddunt, quam cujus res vulgares ejusdem generis esse solent: sed aestimatio ipsa est rei qualitas, quae maxima aut minima esse potest, quamvis certae singulae qualitates inveniri nequeant, quas

---

[2]) Forder. tom. III, p. 706; Privatrecht tom. II, § 873, p. 418; at in Comment. not. 38 ad § 59, I, 11, p. 731 sq. affirmat, non necessario errorem de negotio aut de corpore commissum esse debere, sed adjicit paragrapho 79, I, 4 nihilominus locum esse et in „Anleitung zur preuss. Processpraxis", 1860, tom. I, p. 918, 920 contendit, emtorem de aestimatione errasse. Jam nescio, quemnam errorem re vera subesse velit.

[3]) Sic Bielitz, Comm. tom. 2, pag. 413, Nachtr. fasc. 2, p. 66; auctor anonymus in de Kamptz, Jahrb. tom. 41, p. 345; Siewert, Materialien zur wissensch. Erklär. der preuss. Landesgesetze, fasc. 5 (1803), p. 151—154. Pleraque juris Borussici compendia omittunt quaerere, qualis error praesumptus sit, v. gr. de Daniels, Lehrb. des gem. preuss. Privatr. tom. III, p. 175.

[4]) Sic sententiae duae Halberstadtienses anno 1828 emissae in Simon et de Strampf, Rechtssprüche der preuss. Gerichtshöfe, tom. III, p. 339 sqq., inprimis p. 348, 349, 355, 356. Ejusdem erroris vestigia deprehenduntur apud Bielitz et Siewert, ll. cc.

vel accuses vel laudes, reique vilitas sola per se est defectus rei. Quid enim, si triticum bonum quinque steterit, tu emeris undecim, cum putares undecim esse: num non errasti? sed utrum errasti de pondere aut ceteris frumenti qualitatibus, an in ipso illo, quod undecim istud esse credideris? Et cum verum pretium ignoraveris, aequumne erit tibi succurri, licet triticum, quod emeris, optimum sit omnique menda careat? Quin, quod Suarez saepius affirmaverit, venditorem de pretio rei suae juste errare non posse?

Itaque haec qualitas, quae ab emtore ignorata esse credenda est, est ipsa aestimatio rei,[5]) quam emtorem tacite putasse aequam esse pretio numerato lex praesumit. Quo quidem modo fingitur a lege emtoris opinio, dum hoc ipsum, num quaedam qualitas in commercio vulgari rebus inesse praesumatur et credatur, est mera res facti, naturamque si respicis, ex sola consuetudine usuque mercantium dijudicari potest. Haec vero singularitas minime mirabilis est, immo profecta ex iis opinionibus, quas secutos esse legum conditores retulimus. Retinendi enim beneficii haec principalis causa fuit, quod illi in verba naturalistarum jurabant affirmantium in contractibus onerosis aequalitatem rerum permutatarum a contrahentibus spectari spectandamque esse ex praeceptis justitiae commutativae. Quare aequalitas si non adest nec probatur utrumque reum scientem et volentem inaequalitatem admisisse, consequenter dicendum erat, hoc errore de aestimatione rerum, quam aequalem ambarum esse partes praesumpsisse credebatur, obtigisse[6]). Cui errori succurrentes cum veteris instituti, cujus ipsius eandem originem fuisse putabant, memoria, tum necessitate rerum humanarum commoti, antiquum finem laesionis toleratae retinuerunt, qui si rei veritatem spectamus, cum principio instituti pronunciato minime concordat. Nam in omnibus aliis causis errori sive ignorantiae medemur, sive longe quis, sive parvulum a veritate abfuit, modone veritatem ipsam

---

[5]) Conf. Striethorst, Archiv, tom. 36, p. 221; Plathner, Geist des preuss. Privatr., tom. I, p. 3'2, 354, 357; Bornemann l. c. p. 38.

[6]) Itaque non mirum quod Plathner l. c., qui illam aequalitatis spectatae praesumptionem probet, figuram quoque remedii nostri laudet (conf. inpr. p. 353).

noverit: hic vero erroris gradus quidam exigitur, quem si miserrimi emtoris ignorantia vel minimo puncto non attigerit, licet vehementissime et sine ulla culpa erraverit, nullum ei auxilium a lege offertur. Itaque dum Diocletiani constitutionem discutientes confiteri debemus, eam communi juris rationi contrariam, sed natam esse ex providentia et benevolentia, qua respublica eos protegat, qui gravibus angustiis circumscripti a potentioribus et divitioribus spoliari et diripi posse videntur[7]) (quod num reipublicae sit, hic non locus est disputando), nec inepte legem 2. Cod. cit. comparari cum legibus usurariam pravitatem coercentibus[8]), dicemus, eam remedii propter laesionem enormem figuram, quam Codex patrius constituit, jam mera aequitate eademque falsa et maxime cerebrina inniti nec tam singularem, quam prorsus anomalam, nec solam rationem instituti, sed totam ejus formam juris principiis plane contrariam esse. —

Erroris praesumptio a lege proposita jam ipsa per se gravissimum quoddam principium secum fert aliaque ex eo nascuntur, quod aestimationis ignorantia inter casus paragraphi 81, I, 4. collocanda est.

Primum enim, cum error non fingatur, sed praesumatur, ei qui sciens rem vilissimam magno pretio emit, non succurritur. Inter juris communis doctores de hoc loco discordia nostro etiam tempore mansit. Nam, qui recusant interpretationem legis 2. Cod. cit. extensivam venditoresque solos adjuvare volunt, quos ab alienationibus propter inopiam minoris factis tuiturum fuisse Diocletianum ajunt, necesse est negent ullum scientiae venditoris laesi momentum inesse et tunc solum exceptionem statuant, si venditor sciens animo donandi justo minus pretium stipulatus est[9]). Qui vero emtori quoque favent aliam quamlibet aequitatis

---

[7]) Conf. Gönner, Archiv, tom. II, fasc. 3, p. 376, et Napoleonis verba, ibid. p. 389.

[8]) Conf. de Keller, Pandecten, 18'I, p. 631 sq.

[9]) Arg. l. 38. D. de contr. emt. 18, 1. Sic v. gr. de Vangerow, Lehrb. tom. III, p. 357, impr. VItae; Sintenis, pract. gem. Civilrecht, tom. II, p. 637, impr. IIdae; Unterholzner (hic vero sibi ipse minime consequens), Schuldverb. tom. II, p. 247, 248. Codex civilis Francogallorum art. 1674. hoc quoque casu remedium praebet, sine dubio, ne per donationis speciem illicita remedii renunciatio dissimuletur.

rationem Diocletiano subjicientes, ipsi de vi scientiae partis laesae tribuenda inter se non consentiunt; sed cum plerumque errorem venditoris sive emtoris legi causam dedisse praesumant, plerique et illi quidem inprimis, qui duobus proximis seculis viguerunt, simpliciter denegant remedium, si is, qui de laesione queritur, jam tunc, cum contraheret, veram rei aestimationem non ignoraverit, hoc vero praesumi vetant[10]). Alii praeter scientiam renuntiationem specialem exigebant[11]) aut scientem etiam admittebant, si necessitate coactus negotium inierat[12]). Jam ex nostro jure, quoniam error emtoris circumscripti non solum sit legis ratio, sed ipsius rescissoriae actionis fundamentum, hac de re dubitatio nasci omnino non potuit.

Porro quoniam aestimatio rei est qualitas tacite inesse credita, error emtoris tunc excusari non potest, si vel media sua ipsius culpa in errorem incidit. Quod cum de his erroris generibus § 82, I, 4. lucidissime disponat, plane non video, quomodo fieri potuerit, ut qui praemissam approbarent[13]), de hoc dubitarent[14]). Accedit, quod non parum adjuvamur Suarezii, optimi Codicis nostri interpretis, verbis, qui in revisione monitorum expresse declarat, respiciendas esse eas causae conditiones, ex quibus appareat, aut errorem non adfuisse aut actorem, cum falleretur, in

[10]) Conf. praeter eos quos Glück tom. 17, p. 81. citavit: Voet, comm. ad Pand. 18, 5, No. 17, et ex recentioribus: Mühlenbruch, doctr. pand. § 628, de Wening-Ingenheim, tom. II, § 149, p. 178, impr. sec., Batz, Abhandl. über versch. Gegenst. des nat. und bürg. Rechts, 1816, p. 194, Koch, Forder. tom. III, p. 703; Holzschuher, Theorie u. Casuistik tom. II, p. 674 impr. alt. hos in emtore, in venditore alteram opinionem seqnitur.

[11]) Sic Perez, comm. in Cod. IV, 44, No. 17.

[12]) Sic Strube, rechtl. Bedenken, pars III, Bed. 118. iique, qnos Glück tom. 17, pag. 82, not. 18 allegat.

[13]) Koch certe culpam negligendam esse censere debuit, nisi quatenus § 79, I, 4. errantem ad sarciendum damnum rescissione negotii alteri natum compellit: not. 38 ad § 59, I, 11, p. 732. tom. I; sed quomodo in libro „Processpraxis" p. 920 hanc sententiam retinere potuerit, cum in illo novam de errore emtoris opinionem protulerit (conf. not. 2 huj. cap.) nescio. Bornemann de culpa emtoris silet.

[14]) Revisor. leg. pens. XIV, p. 26.

supina negligenta versatum fuisse; quin, ut supra monuimus, venditori beneficium hanc solam ob causam denegatum est, quod Suarez censebat, eum justum rei suae pretium sine summa negligentia ignorare non posse[15]).

Venditoris est, aut scientiam aut culpam nescii emtoris probare, sive rusticus et rerum emtarum ignarus hic fuit, sive expertus peritusque homo, cum lex inter hos non distinguat, sed generaliter justam ignorantiam praesumi jubeat[16]). In hoc ipsa § 60, I, 11. respicienda commemorat ea, quae in praeparando aut contrahendo negotio evenerunt, quae verba Suarez[17]) ita explicat: inquirendum esse, utrum emtor importune ut accederet ad emtionem coactus sit, an loci temporisque occasio rei conditionem et aestimationem perscrutandi ei praebita sit, num forte hac etiam usus emtionem pretio postulato contraxerit[18]); sed ut argumentis probare non opus est, non ex his solis, sed ex aliis quibuslibet causis demonstrantem, emtorem ipsum ignorantiae suae auctorem fuisse, venditorem audiemus et generaliter dicemus, emtorem, qui ea, quae diligens paterfamilias observare et solet et debet, ne in emtione circumscribatur, omisit, cum iisdem cautelis optime uti potuerit, non adjuvandum esse, si laesionis postea demum animadversae auxilium imploret. At non consentio recurrentibus ad § 330, I, 5. aedi-

[15]) Plathner, Geist des preuss. Privatr., tom. I, p. 358, legi similem, sed nescio an meliorem causam subjicit: „Zu Gunsten des Verkäufers, inquit, kann diese Vermuthung nicht eintreten, weil der Werth des Geldes ein durchaus bestimmter, ein Irrthum über dessen Werth also nicht möglich ist.“ Certe de pecuniae aestimatione non errabit, sed num non de rei suae pretio?

[16]) Merkel, comment. tom. I, p. 216 impr. alt. expertis de talibus rebus hominibns erroris praesnmptionem auxilio esse injuria negat: quid enim si rem emtam ante traditionem inspicere non potuerunt, aut rei vilitas non nisi post aliquantum usus tempus intelligi potest? Sed pnto omnino non quaerendum esse, num emtor ea qna instructus est, peritia vulgari majore errorem evitare potuerit, cnm non artem suam exerceat emens nec ab eo exigi possit, ut scientia sua utatur, nisi in certis qnibusdam cansis singularibus lege definitis et artis negligentia semper pro levissima culpa habeatur (§ 22, I, 3,) quam hic non venire constat.

[17]) Apnd Bornemann tom. III, p. 37.

[18]) His solis causis erroris praesumptionem refelli posse Bornemann l. c. p. 39 arbitrari videtur.

litiis actionibus eum uti vetantem, qui rem aperte et manifeste vitiosam accepit nec protestationem interposuit. Sine dubio in hac etiam § principiorum generalium de errore propositorum vestigia deprehenduntur; sed qui hanc legem in nostra causa sibi usui esse putant[19]), ex pluribus quam una parte ipsi maximo errore decipiuntur. Nam ut hoc taceam, omnino ineptum esse de laesione enormi tractantem rem ex §§ de aedilitio edicto agentibus expedire et non satis admoneri posse ambo instituta longe diversa et paucissima iis communia esse[20]), primum eos effugit, quod in erroris quaestione traditionis tempus respici nequit. Quoniam ignorantia in contrahendo affuisse praesumitur, hoc quoque, an culpa emtoris eam effecerit, ex solo contractus tempore dijudicari potest; illud vero nullius momenti est, num post negotium perfectum emtor laesionem perspexerit aut, cum perspicere posset, non statim accusaverit. Nec silentium renuntiationem beneficii tacitam continet, cum ut infra videbimus, ei non possit renuntiari nisi expresse et disertis verbis. Non magis justa est mentio qualitatis vitiosae, quae laesionis causa sit. Licet enim vitium aliquod per se apertum et manifestum sit, illud persaepe obscurum remanebit nec ita primo conspectu aut sine altiore talium rerum experientia perspicietur, num hoc ipsum quod adspicis mendum rei aestimationem dimidia parte minorem reddat. Immo non singula vitia, sed ipsa vilitas manifesta et indubitata esse debet: quam si emtor, priusquam contraheret, vel illo tempore, quo contraxit, neglexit, cum aut jam tunc res in ejus conspectum allata esset aut eam inspicere omisisset, licet sine ulla incommoditate ad eam accedere posset, talis emtor contractum non revocabit, cum sua culpa damnum sentiat[21]).

---

[19]) Siewert, Materialien, fasc. 5, p. 151 sqq.

[20]) Eadem rerum discrepantium confusione obstrictus Bielitz, Comm. tom. 2, p. 412 affirmat, venditorem rescissionem negotii impedire posse, si qualitates, quarum defectus laesionis causa est, postea emtori praestet. Error remedii fundamentum tali modo negotium convalescere non sinit.

[21]) Similiter de Strombeck, Ergänzungen des allgem. Landrechts, tom. I, p. 113, 1'4 mpr. alt.

Sunt vero quaedam causarum figurae, quarum naturae illa aequalitatis spectatae praesumptio ex omni parte contraria est. In his necesse est etiam praesumptionem erroris de aestimatione commissi cessare, qua remota remedio huic errori proposito locus non est. Sic si quis non ex propria voluntate ad emtionem accessit, sed juris necessitate coactus emit, v. gr. a testatore, cujus heres exstitit jussus rem a tertio certo aut quocunque pretio acquirere. Hic cum emat, non ut rem pretio numerato aequalem accipiat, sed ut defuncti judicio satisfaciat, si postea res inveniatur dimidia parte vilior, emtionem rescindere non poterit[22]). Vel si emtio quidem voluntate facta, sed pretium re vera injustum aut lege aut magistratus edicto constitutum et definitum est, de errore paragrapho 58, 1, 11. commemorato cogitari non possumus, quia non fallaci sua opinione emtor deceptus, sed iniqua sanctione damno affectus est[22]). Hanc ob causam etiam paragraphi 48, I, 11. praeceptum non injustum esse videtur de non impugnanda emtione, cujus pretium a tertio arbitro statutum est.

Cap. V.

De causis quibusdam singularibus emtorem a beneficio rescissionis removentibus[1]).

Paragraphis 65. usque ad § 68. tit. 11. p. I. enumerantur quatuor causae, ob quas, licet ceterae remedii nostri conditiones non desint, querela laesionis recipi vetatur: re-

[22]) Tale testatoris praeceptum validum esse, eo minus dubitari potest, quia venditionem heredi injungere § 3, I, 11. expresse permittit. In tali causa juris communis etiam auctores beneficium denegant: Glück tom. 17, p. 80, Unterholzner, Schuldverh. tom. II, p. 248.

[23]) Sic etiam in jure communi: Glück tom. 17, p. 86.

[1]) Sub hoc titulo speciosissimas quasdam quaestiones agitatas apud scriptores juris romani vetustiores invenies, velut contractum rescindi non

nunciatio, pretii singularis respectus in contractu habitus, rei interitus, temporalis praescriptio. Sed tertia causa melius illustrabitur, ubi de rei restitutione disseremus, quarta singulari indiget expositione, nec quidquam alterius utrius commune est praeter locum in lege tributum cum duabis primis, quae ipsae inter se ideo propinquae esse videntur, quia ex contrahentium conventione nec ut istae ex casibus postea supervenientibus proficiscuntur. De his itaque hic agemus.

§ 65. igitur emtorem ab exceptione laesionis enormis arcet, si ei aut in ipsa emtione aut pacto postea convento discrtis verbis[2]) — haec vero omnibus renunciationibus legibus nostris imposita est conditio (§ 106. prooem., §§ 193. 197. sq. tit. 5., § 386. tit. 16. part. I.) — renunciavit.

Juris communis auctores de hoc loco varias tenebant opiniones. Nam qui leges 2. et 8. Cod. de rescind. vend. ad emtorem extendi non posse putant causamque legum eam esse affirmant, ut venditori subveniatur rerum suarum angustiis coacto ut bona sua vilissimo alienaret, profecto negare debent renunciationi ullam vim inesse, cum eadem causa, qua venditio vitiatur, renunciationi quoque obsit[3]). Sin emtorem admiseris ad impugnandum propter laesionem negotium, jam ut certam indubitatamque legis rationem frustra quaeres, ita deerunt tibi firma argumenta, ex quibus de tali renunciatione judicium feras. Itaque alii eam semper valere certissime affirmant[4]); alii errorem laesi praesumptum principalem imperatoris rationem arbitrantes dissentiunt, si

---

posse, si laesio ex aliis post negotium exortis causis nata sit, si laesio probari neqneat, si emtio jam alias ob causas praeter laesionem invalida sit v. gr. ob dolum metum errorem et sim.

[2]) Quare rectissime Summum tribunal non obesse emtori judicavit, quod simpliciter promiserat, se propter vitia latentia non acturum: Striethorst, Archiv, tom. 36, p. 223.

[3]) Hanc ob causam codicis Napoleonis art. 1674. renunciationes infirmat.

[4]) Donellus de hac re laxissime opinatus est, affirmans eum quoque repellendum, qui non specialiter beneficio renunciavit, sed tantummodo cavit, se contra eam venditionem nihil facturum seu contra non venturum (Comm. in Cod. Just. ad h. l. No. 14 sqq.).

laesus veram rei emtae aut venditae aestimationem ignoraverit, quoniam hanc si nescierit, renunciasse quoque videatur errans[5]). Nostri codicis conditoribus, cum errorem fundamentum ipsius actionis rescissoriae constituerint, omnino renunciatio e lege ejicienda erat[6]). Nam si emtor renunciavit laesionis conscius, removetur a rescissione, non quia renunciavit, sed quia non erravit. Sin vilitatem rei emtae ignorans beneficio se non usurum esse promisit, ex generalibus Codicis praeceptis huic renunciationi omnis vis deneganda esset. Error enim contrahentis consensum dirimit et negotium inde ab initio vitiosum reddit, et exceptionibus ex talibus causis oriundis secundum § 194. tit. 5. et § 401. tit. 16. p. I. renunciare non licet, sive negotium nullum est, sive ab altera parte sola rescindi potest[7]). Quae vero causa effecerit, ut nihilo minus expresse renunciatio exceptionis nostrae permitteretur, non constat atque eo majori jure mirari licet, quod ipsum Suarezium non effugit hac permissione remedium paene omnino inane reddi posse[8]). Eo magis hoc periculum imminet, quia § 11. Ordin. jud. priv. part. II. tit. 3. disertis verbis judici voluntariam jurisdictionem exercenti[9]) imperat, ut emtorem de beneficio ei tributo doceat, quod si praesente venditore fecerit, fieri vix potest, quin is illam renunciationem ab emtore exigat et hic cedat, ne totum negotium impediatur. Qua de re instrumentis de fundis venditis frequentissime clausulam renunciationis insertam invenimus.

Hoc vero monendum esse videtur, renunciationem non

---

[5]) Conf. quae Glück, tom. 17, p. 84 sqq., Matthiae II, p. 4 attulit.

[6]) Dissentit Plathner, Geist des preuss. Privatr., affirmans, § 65, I, 11. generalibus principiis consentaneam esse, et argumentum afferens, quod licere debeat ementi dicere, se rem acquisiturum, quantulicunque sit: sed haec non ratio est, sed affirmationis repetitio seu paraphrasis, cum hoc ipsum agatur, ut probetur, num talis conventio valida sit necne.

[7]) Conf. etiam § 52. Ord. jud. priv. part. II. tit. 2., Siewert, Mater. fasc. 6, p. 27, fasc. 8, p. 69, Bornemann, Rechtsgesch. p. 302, System tom. II, p. 296, Koch, Recht der Ford., tom. II, p. 360; restrictio, quam idem in Comm. not. 26 ad § 401, I, 16, tom. II, p. 495 proponit, indubitata est.

[8]) Conf. cap. I, not. 64.

[9]) Et notariis: arg. § 48 Ord. jud. priv. III, 7.

obstare, si venditor sciens rei vilitatem alterum in errore aperto permanere passus est. Tunc enim fidem emtoris fallens ipse in dolo versatur, quem ei utilem esse et juris et morum sanctitas prohibet. Quod si speciali probatione indiget, provoco ad §i 138, I, 11. similitudinem, quae emtori auctorem convenire permittit, licet evictioni praestandae renunciaverit, si venditor sciens rem alienam aut juri in re obnoxiam alienavit: nec alia est §i 421. ejusdem tituli sanctio[10]).

Altera § quam hic tractandam proposui, prohibet contractum ob laesionem infirmari, si in pretii conventione extraordinariae aestimationis ratio habita est. Non aptus hic est locus notissimae illius Codicis Borussici tripertitae pretiorum definitioni explicandae, cum non nisi breviter et in transitu res gravissima institui posset. Hic admonuisse sufficiet, videri illam ortam esse ex eo, quod Codicis conditores rerum aestimationem parum separaverint ab eo, quod interest, ipsumque pretium extraordinarium nihil aliud esse nisi utilitatem extra rem, quam maxima pars auctorum juris communis illius temporis et nostri etiam aliquot utilitati circa rem opposuerunt[11]), ut merito dici possit id, quod ex causis extra rem ipsam positis interest domini, ne eam amittat, extranei, ut acquirat. Sed quocunque modo extraordinarium pretium interpretaris[12]), concedas oportet majus esse communi, et duobus maxime modis solita grandiorem aesti-

---

[10]) Conf. l. 14. § 9. D. de aed. ed. 21, 1; l. 1. § 1. l. 6. § 9. l. 11. § 15. D. de action. emt. et vend. 19, 1; Koch, Processpraxis, tom. I, pag. 920.

[11]) Conf. Glück tom. IV, p. 440 sqq., Sintenis, Civilr., tom. II, § 86, not. 21, p. 71 ed. 2.; de Vangerow, Lehrb., tom. III, § 571, not. 3, p. 49 ed. 6.; Holzschuher, Theorie u. Casuist., tom. III, p. 77 sqq. et inprimis Fr. Mommsen, Beiträge zum Oblig.-Recht, pars II, p. 265 sqq.

[12]) Diversas sententias invenies apud Siewert, Material. fasc. IV, p. 99; Bornemann, Rechtsgesch. p. 434, System tom. I, p. 116; Koch, Recht der Ford. tom. I, p. 313, Comment. not. 90 ad § 114, I, 2, p. 136; Plathner, Geist des preuss. Privatr. tom. II, p. 44 sqq., inprimis p. 46, qui recte rem intellexisse videtur; Königsberger, diss. inaug. de communi, singulari et affectionis pretio sec. jus comm. Boruss. Vratisl. 1856, inprimis p. 13 et 15.

mationem rei in emtione tribui posse. Primum si emtoris rem comparare interest, quia ex ejus acquisitione quandam ob causam lucrum se assecuturum esse sperat, aut nisi eam acceperit, majorem incommoditatem subiturus esse videtur: v. gr. quia sub hac conditione heres institutus est, ut rem illam acquirat, quam nisi emerit, omnem hereditatem perdet, aut quia eandem tertio sub poena promisit, aut quia in extrema rei indigentia constitutus est nec ea carere potest. Similiter vero, si venditor rem ab emtore vehementer appetitam quamlibet ob causam sibi utiliorem pretio communi esse existimat nec eam nisi pecunia majori vendit. In utroque casu, si emtor ob id quod aut sua aut alterius interest, rem longe pluris comparaverit, quam ex communibus commercii rationibus habetur, dici non poterit, eum de rei aestimatione errasse, aut aequalitatem rei et pretii spectasse: majus enim justo pretium sciens libensque promisit et, si utilitatem quam ex ea spectaverat, non ex ea perceperit, aut obstinationis sero eum poenituit, ipse suam levitatem solam accusare poterit. Itaque cum error de aestimatione commissus a Codice nostro respiciatur et protegatur, fieri non poterat, quin ille, qui extraordinarium pretium solvit, a beneficio rescissionis removeretur[13]): sed jam vides ex mutato beneficii fundamento contingere, ut ea ipsa necessitatis imminentis causa, quam Diocletianus in venditore solam spectasse creditur, ex nostro jure emtorem repellat.

Magna vero §i 66. cit. utilitas est in iis emtionibus, quas fiscus isve cui jus suum delegavit, expropriationis quam vocant, via contrahit (si modo hae emtiones dici possunt); nam cum in iis semper extraordinarium pretium venditori tribuatur (§ 9, I, 11), nunquam ob laesionem resolventur.

Prorsus idem valere, si non ob veram utilitatem, sed ob meram affectionem alterius partis emtor pretium duplo

---

[13]) Juris naturae scriptores similia docuerunt. Meminisse lectorem precor Grotii, quem retuli inter causas, ob quas res licite supra vel infra commune pretium ematur vendaturve, enumerasse damnum consequens, lucrum cessans. Nec aliter ceteri, qui de reliquo laesionem alterius partis sarciendam esse putabant, tunc permittebant pretium vulgari majus stipulari, si quae peculiaris utilitas emtoris in emenda, venditoris in retinenda re versaretur: conf. v. gr. de Wolff, instit. jur. nat. § 601.

majus venditori concessit, certissimum est, cum hic quoque error de vera aestimatione in contrahendo non affuerit.

Cap. VI.

De rescindendo negotio propter laesionem et de actione rescissoria.

In jure communi nunquam dubitatum est, commissa alterius contrahentis laesione enormi emtionem non esse nullam, sed rescindi posse. Aliter de hac re statuere secundum nostrum Codicem ipsa rei natura et recta ratio nec minus, licet §§ 59. 343. ambigue loquantur de errore contractum delente, § orum 48. 60. 65. 69. 250. 365. expressa verba vetant, cum permittant emtori contractus rescissionem petere. loquantur de exceptione emtori concessa, vetent venditorem hanc ob causam negotium rescindere, dicant emtorem abire posse ab emtione. Itaque contractus invalidus tantummodo est et in arbitrio emtoris positum, num beneficio uti et negotium rescindere velit nec ne[1]). Sic laesionis enormis effectus consentit cum generalibus de errore principiis, quoniam generaliter ignorantia aeque ac dolus negotia non ipso jure nulla reddat, sed in errantis aut decepti libera voluntate relinquatur, num de errore dolove queri velit[2]).

Itaque si extra judicium emtor laesus indicaverit se ab emtione recedere velle, venditor vero petitionis justitiam

---

[1]) Nam licet Codex Borussicus non retineat firmam nec constantem loquendi consuetudinem in distinguendis vitiosis negotiis, ipsa tamen negotiorum nullorum et invalidorum distinctio certissime adest, quae verissime naturalis juris et rectae rationis esse videtur.

[2]) Conf. Koch, Privatrecht tom I, § 109, p. 233, § 129, p. 261; Heydemann, Einleit. tom. I, p. 163, not. 287; p. 176, not. 299; Plathner tom. I, p. 356 et 357. Distinctionem, quam Löher, Syst. p. 186. sq. proponit, probare non possum.

agnoscens rem receperit, pretium solutum reddiderit, negotium finitum est. Ceterum eligere poterit emtor, utrum ipse actionem rescissoriam instituat an exspectet, donec a venditore de pretio solvendo conventus aut alia qualibet ex contractu profecta actione petitus laesionem oblata redhibitione excipere possit, cum ambo remedia et rei natura et §§ 48. 60. 61. 68. 365. 486. 876. 926. Cod. part. I. tit. 11. ei aperte tribuant[3]). Hoc vero caveas, ne partim §orum 60. et 68. verbis, emtorem contractus diremtionem petere posse dicentium, partim praxeos judicialis usitatissimo in concinnandis sententiarum formulis more deceptus credas sententia judicis demum negotium vitiosum infirmari et rescindi: immo ipsa est voluntas laesi recedentis a contractu, quae emtionem dirimit, nec quidquam judicis sententia nisi emtorem recte recessisse a negotio, pronuntiare et obligationes inde utrique parti natas definire potest[4]).

Cujus generis actio rescissoria[5]) sit, non admodum difficile est explicatu. Nam cum de restitutione in integrum, imploratione officii judicis, actione spolii vel condictione indebiti, quas quidam auctores juris communis hic dandas suspicati sunt[6]), ex nostro jure cogitari non possit nec actio in rem admitti queat, quia emtori solum in rei possessione constituto remedium datur, in personam actionem hic subesse credas necesse est, quae cum ex delicto non oriatur, ex contractu esse debet[7]). Itaque consentimus cum illa opinione, quae jam a glossatoribus in negotiis bonae fidei

[3]) Conf. auctorem anonymum in de Kamptzii Jahrb. tom. 41, pag. 355.

[4]) Conf. Koch, Processpraxis tom. I, p. 131, 635. Sententiae re vera dirimentes, non solum rescissionem probantes, rarissimi inveniuntur, in dissolutione matrimoniorum et in causis §§is 70. 134, I, 5 comprehensis.

[5]) Ejus exemplum attulit Koch, Processpraxis tom. I, p. 921 sq.

[6]) Conf. Sam. de Cocceji, jus civ. controv. libr. XVIII, tit. 5, qu. 1; Glück, tom. XVII, p. 67 sqq.; Matthiae II, p. 2; de Vangerow tom. III, § 611, p. 355.

[7]) Sic Koch, Comm. not. 83 ad § 251, I, 11, tom. I, p 785; Processpraxis tom. I, p. 635, 918.

proposita[8]) nunc in jure communi ab omnibus probari videtur[9]).

Hic vero existit mihi cum Foerstero controversia[10]). Is enim cum recenseret varias causas, quibus peragendis actio ex contractu institui potest, praeter alias duas etiam species proposuit, quibus contractus deleatur, alteram dirimendo sive removendo[11]), alteram rescindendo negotio[12]). Ex his prioris nomen maluerim iis causis reservare, in quibus re vera judicis demum officio obligatio tollitur[13]), dum in illis, quas hic Foerster enumerat, alias causas actionem impugnantem praecedentes negotium diremisse manifestum est[14]), et actio tantummodo ad persequendas hujus dissolutionis sequelas instituitur, ut actio non tam removendo negotio, quam ob remotum negotium esse dici debeat. Neque magis aptam alteram rubricam censeo, in qua Foerster querelam nullitatis et actionem vere rescissoriam permiscet, quam differentiam ipse verbis solis negat, re ipsa et veritate concedit[15]). Haec vero, cum hic longiora sint, missa facientes videamus, utra in parte nostrum remedium collocandum sit. Foerster quidem affirmat eam esse removendo negotio destinatam. Nescio, quid eum commovere potuerit, nisi quod §§ 250. sqq., I, 11. rubrica principali in margine apposita „de diremtione emtionis" continentur[16]). Tale quam

---

[8]) Gloss. ad leg. 2. C. cit. s. v. judicis, quae in stricti juris negotiis solam doli exceptionem concedit.

[9]) Nam nec Brinz, Lehrb. der Pand. § 114, p. 499 serio affirmare ausus est, in integrum restitutionem hic dari.

[10]) Aomonendum mihi esse videtur me nec in plerisque ceteris, quae de actionum generibus disseruit, cum illo consentire, v. gr. in generali divisione in actiones ex statu et actiones ex negotiis, et in ipsa actionum ex contractu distinctione, cum actionem ex pacto de emendo actionem ex emto esse concedere nequeam et sim.

[11]) „Aufhebungsklage" vid. Klage u. Einrede nach preuss. Recht, pag. 386.

[12]) „Anfechtungsklage" vid. Klage u. Einrede nach preuss. Recht, pag. 390.

[13]) Conf. not. 4 huj. cap.

[14]) Praeter mira §orum 395. sqq. I, 5 praecepta, ex quibus post actionem institutam demum alteri licet a pacto recedere.

[15]) Conf. v. gr. Klage u. Einrede p. 391.

[16]) L. c. p. 404 sq.

leve argumentum sit, ex Codicis nostri ineleganti et inconstanti dicendi consuetudine apparet. Ipse Foerster similem tituli quinti rubricam, quae dolum inter causas negotiorum dirimendorum enumerat, negligere non veritus est, cum doli actionem inter rescissorias, quas vocat, actiones posuerit[17]). Ille vero remedio propter laesionem enormem tributus locus parum convenit cum iis, quae de distinguendis his actionum speciebus proponit. Non inepte enim dirimi negotium ait perfectum et validum propter causas postea supervenientes. rescindi negotium vitiosum propter defectus ei cohaerentes[18]): utrum hic adsit, nemo dubitabit. Accedit, quod error praesumptus a lege tanquam beneficii causa proposita est, actiones vero ex errore proficiscentes sine ulla haesitatione inter rescissorias connumerantur[19]). Itaque Foersterum ex ipsius argumentis corrigentes remedium ob laesionem ultra duplum rescissoriam actionem esse contendamus.

Instituta a venditore actione emtori rescriptis Diocletiani conceditur, ut negotium conservet adjectione ejus, quod justo pretio deerat. Translato remedio in emtoris personam venditori similis electio praebenda erat, utrum rem recipere et pretium solutum restituere, an salvato negotio id emtori repraesentare malit, quo merces conventa veram aestimationem superat[20]). Quae facultas a Codice nostro silentio praetermissa a nobis eo magis rejicienda est, quia error emtoris consequenter solam rescissionem admittit, nec video quemquam aliud statuisse[21]), nisi quod quidam putavit venditorem resolutionem emtionis impedire posse, si qualitates,

---

[17]) L. c. p. 386, 392.

[18]) L. c. p. 386, 390.

[19]) L. c. p. 392.

[20]) Sic jam gloss. ad l. 2. C. cit. s. v. elegerit. A quibusdam contendebatur venditori licere aliis rebus emtori datis supplere, quod ad justam aestimationem deerat: quos refutat Donellus comm. in Cod. Just. ad h. l. No. 51 (oper. tom. 8. col. 894). Notissimae sunt controversiae, num totum justum pretium an dimidia ejus pars ab emtore supplenda sit, utrum facultas an obligatio alternativa adsit et actionis petitum alternative concipi, quando reus electionem declarare debeat etc.

[21]) Conf. auct. anonym. in de Kamptz, Jahrb. tom. 41, pag. 356, Koch, comm. not. 39 ad § 60, I, 11, tom. I, p. 732.

quarum defectu res vilior est, emtori postea praestet[22]): quod non solum erroris naturae contrarium, sed etiam ex illa confusione ortum est remedii nostri cum actionibus aedilitiis, quam hic iterum redarguere non opus est.

Cap. VII.

De restitutione rei venditae et pretii et de usuris et fructibus in judicium venientibus.

Actione rescissoria instituta et probata laesione resolvitur emtio, et venditor pretium, emtor mercem reddere debet. De hujus quasi in integrum restitutionis conditionibus jam agendum est[1]).

Illa vero rei emtae retraditio omnimodo necessaria est, ut nisi eam efficere possit, emtorem causa cadere § 67, I, 11. jubeat. Quod duas diversas ob causas accidere potest. Nam rem restituere non poterit emtor et hanc ob causam contractum non impugnare licebit, si ipse jam rem alii vendiderit vel quocunque modo alienaverit[2]). Item si res apud emtorem[3]) interierit: quod sive casu[4]) sive ipsius negligen-

[22]) Conf. not. 16. cap. IV.

[1]) In projecto typis mandato nulla specialia de his rebus praecepta inveniuntur; sed sine dubio recurrendum fuisset ad §os 242. 243. 245. 249. tit. 8. part. 2. de contractu emtoris voluntate rescisso agentes.

[2]) Casum ex praxi: Striethorst, Archiv tom. 37, p. 295. Sed satis erit rem possidere tempore ipsius restitutionis, nec oberit emtori, si eam prius alienaverit, modo eandem postea receperit. Conf. etiam Glück tom. 17, p. 86 sqq., Holzschuher tom. III, p. 672, Matthiae II, p. 8: ex juri communi enim eadem valent, sed hanc ob causam, quia alienata re emtor venditori electionem inter rescissionem admittendam et contractum remisso pretio conservandum ademit.

[3]) Nam si nondum tradita apud venditorem interiit, nullum ex toto negotio emtori damnum nasci potest, sed secundum §§ 364. sqq. tit. 5. et § 100. tit. 11. p. I. emtio irrita fit.

[4]) Nam § 252: emtorem merum casum sentire non debere, conjungenda est cum §o 251. et loquitur de re non deleta, sed deteriori facta.

tia factum est, non interest, cum in utroque casu restitutio fieri non possit et lex has diversas causas non distinguat[5]): sin dolo aut culpa venditoris res deleta erit, doli replica emtor exceptionem illius removebit[6]).

Sed hanc restitutionem ab emtore praestandam § 250, I, 11. accuratius ita definit, ut rem reddere debeat in eo statu, in quo ipse eam a venditore acceperit. Ergo non sufficiet corpus non interiisse, neque tamen obstabit rem aliquatenus mutatam esse, quoniam § 251. ibid. rem deteriorem redditam commemorat et emtori talis damni praestationem injungit. Itaque § 250. cit. hunc casum respicere videtur, si rei materia permanserit, ita tamen mutata sit, ut jam imminuta tantummodo dici non possit, i. e. si alia res effecta sive, ut Codicis nostri ipsius verbis utamur, substantia rei commutata sit[7]). Substantiam enim appellat § 4, I, 2. omnes partes et virtutes, quibus remotis res non amplius ea esse, quae esse debuit, aut eo munere non fungi potest, cui destinata fuit, et secundum § 5. ibid. eadem esse videtur substantia, donec mutatione aut commutatione singularum partium res nec deleta nec ejus principale munus mutatum est. Hujus substantiae conservationem a lege intelligi, ubi de re in statu suo sive pristino permanente loquitur, apparet ex §§is 6. sqq. tit. 18. p. I. de domini utilis et §§ 25. 26. tit. 21. p. I. de usufructuarii officio agentibus, qui substantiam mutare vetantur, quibus adjungas praecepta de fideicommisso familiae (§ 78, II, 4). Et e contrario substantiae mutationem eandem esse atque specificationem ex §§ 298.

---

[5]) Juris communis auctores re deleta emtori laeso actionem adversus venditorem concedebant, in quantum is pretio veram aestimationem superante locupletior factus esset: Glück tom. 17, p. 119 sq. et quos in not. 20 citavit, Holzschuher tom. III, p. 672. Cur hoc non apud nos receptum sit, ignoratur: nimis vero argute auctor anonymus in de Kamptz Jahrb. tom. 41, p. 363. hujus varietatis eam causam esse affirmat, quod res deleta per homines expertos taxari non possit.

[6]) Neque vero redactus erit ad actionem de damno dato, quam solam auctor anonymus l. c. p. 362 concedere videtur.

[7]) Eodem modo Bornemann, Rechtsgeschäfte, p. 376 sq. §§os citatas interpretatus est.

sqq., I, 9. probatur, quae hanc tunc factam esse dicunt, si res in priorem statum reduci non potest[8]).

Sin res in aliam speciem commutata non est nec hanc ob causam tota rescissio emtionis impeditur, est tamen rei conditio non ex omni parte eadem, quae tempore venditionis fuit, quid tunc juris sit, non ex uno principio Codex definivit.

De iis enim, quae rem meliorem reddiderunt, i. e. de impensis utilibus et voluptuariis emtorem eodem jure uti jubet § 253, I, 11, quo bonae fidei possessorem, ut utiles ei restituantur, voluptuarias salva rei substantia tollere liceat. Porro damna[9]) quae vel levissima emtoris culpa nata sunt, sarcienda esse dicuntur, casu vero quae contigerunt, ei injungi vetantur (§ 251. 252. ibid.). Itaque ex hac saltem parte emtor in possessoris malae fidei conditionem fere redigitur (§ 240, I, 7.) et nova exoritur quaestio, utrum quilibet casus eum liberaturus sit, an is solus, qui rem in venditoris quoque manu constitutam feriturus fuisset, quo solo malae fidei possessor defenditur (§ 241, I, 7.) et quem vox

---

[8]) Similiter interpretandas esse censeo § 467, I, 12; § 327. I, 5; § 157, I. 5. Ad postremam § emissum praejudicium supremi judicii 2152, Entscheid. tom. 19, p. 87, omittit in describendo statu priori adjumenta ex ipso Codice desumenda eorumque loco criterium ponit, quod in quocunque casu innumeras dubitationes affert, quoniam ex nulla parte firmum aut certum est. Sed applaudunt praejudicio Heydemann tom. I, p. 219, Koch Ford. tom. II, p. 188, not. 6, Comment. not. 45 ad § 159, I. 5, tom. I, p. 257. Bornemann Syst. tom. 2, p. 274 credit, ex §§ 157 sqq., I, 5 ne rem quidem casu deteriorem factam reddi posse, quod probari putat historia harum §§. Certe §§ 155—160, quales nunc sunt, ultimo demum tempore conceptae sunt: at prorsus ignoratur (conf. Bornemann l. c. p. 272), quam ob causam prior redactorum sententia reprobata sit, ex qua deteriorationes casuales prior dominus sentiebat, culpa lata aut levi alterius factas hic sarciebat et tunc tantum, si res tota interierat, pretium restituendum erat. Itaque cum loco interitus jam tantummodo exigatur, ut res sit in eodem statu, hanc vocem eodem modo interpretari debemus, ut alibi accipitur h. e. ut nos proposuimus, et deteriorationum praestationem ex §o 158. definire, id est ex officils possessoris imprudentis („unrechtfertiger" B.).

[9]) In his quoque Suarezium emtori possessoris bonae fidei commoda tribuere voluisse Bornemann Syst. tom. III, p. 40, not. 1 refert: sed cur ejus opinio reprobata sit, non apparet.

merus in §o 252. casui apposita indicare videtur. Sed hoc si voluisset, lex ut in impensis bonae fidei, sic hic malae fidei possessionem citando demonstrare debuisset: quod cum consulto omisisse et de damno et casu praecepta singula expresse proposuisse videatur, interpretanti non licere puto ad illius regulas regredi, immo vocem vis majoris hic sensu vulgari, h. e. omnis majoris calamitatis sine culpa emtoris supervenientis accipiendam esse, vocem vero merum ideo tantum adjectam esse, ut casus culpae §o antecedenti commemoratae opponatur, non ut ejus singularis species indicetur.

Venient vero deteriorationum nomine hypothecae etiam et cetera jura in re, quae emtor rei emtae tempore intermedio imposuerit, et erunt aut reluendae, aut venditori praestandum, quanti ejus intererit illa imposita non esse: nam aperte restitutione rei ab emtore facta illa non resolvuntur, cum verus dominus fuerit nec de revocatione dominii ex tunc. juri nostro fere ignota, hic cogitari queat[10]).

His tractatis duo vides a lege praetermissa: augmenta non ab emtore, sed casu aut a tertio rei principali adjecta et impensas necessarias.

De augmentis vero illis in promptu est responsum. Nam cum ex his plurima, v. gr. terra avulsa, alluvio, insula in flumine nata, alveus derelictus (§§ 223. - 274, I, 9), aedificia a tertio in fundo emto constructa (§§ 327. 333. ibid.) et similia non tam domino rei acquirantur, quam rei ipsi accedant ejusque partes fiant, emtor ista cum re ipsa restituet, nec quidquam eorum nomine a venditore exiget: tantum quod ei illa praestanda sunt, quae ipse horum augmentorum causa aliis secundum leges solvit, v. gr. ob aedificia in fundo ab extraneo posita aut ob res commixtas[11]). Ea vero, quae non accrescunt rei, sed tantum occasione rei a domino capiuntur, ut non veniunt in taxationem laesionis,

---

[10]) Conf. de controversia juris communis in venditoris laesione agitata Glück t. 17, p. 108 sqq., Matthiae II, p. 7, Holzschuher tom. III, p. 675 sq.

[11]) Conf. projecti § 245. tit. 8. p. II: „Ist die Sache nicht durch den Käufer, sondern durch Zuthun eines Dritten verbessert worden, so kann ersterer deshalb in keinem Fall etwas fordern“.

ita non dubito, quin haec retineat. In hanc speciem cadunt thesaurus in re emta inventus ejusve pars dimidia ex principiis sectionis 3. tit. 9. p. I. domino competens, fructus arboris in confinio positae, qui venti impetu in fundum delati sunt (§ 292, I, 9), foetus animalium (§ 324, I, 9), ferae bestiae, quae ex §§is 107.—111. ibid. occupanti cedunt, sed non licite occupantur nisi a domino fundi, in quo deprehenduntur, et similia.

Porro de impensis necessariis, i. e. pecunia, quam aut conservandae substantiae causa impendi necesse est, aut quae ex legibus pactisve a rei domino praestari debet (§ 212, 218, I, 7), ea Codicis nostri doctrina est, ut is cas ferat, cui fructuum percipiendorum jus est, ipsosque fructuus minuant et bonae fidei etiam possessori tunc tantummodo restituantur, si fructuum pretium superaverunt (§ 212.—218, I, 7; §§ 47. sqq. 70. 87. 88, I, 21.). Itaque in nostra materia sic res definienda est, ut, si venditori fructus intermedii temporis restituendi sunt, ipse quoque impensas necessarias ferre debeat, sin emtor fructus retinet, is in re redhibenda illarum titulo nihil accipiat, nisi fructibus majores fuerunt.

At de ipsa fructuum rei emtae pretiique usurarum ratione, quemadmodum post rescissum contractum tractentur, videamus, primum, quid iis statutum sit pro tempore inter rei traditionem et institutam actionem rescissoriam interposito.

De hac quaestione, cum leges 2. et 8. Cod. de rescind. vend. sileant, inde a primo tempore magna fuit disceptatio, quam ne nostra quidem aetate sublatam videmus. Nam alteri jubebant emtorem omnes fructus perceptos, venditorem usuras pretii invicem restituere: alteri vero usuras et fructus mutuo compensari et retineri non habita differentiae inter quantitatem eorum existentis ratione. Quarum illa mihi magis arridet ob consensum cum iis, quae jus Romanum in aliis hujus similibus causis sanxit;[12]) haec, ob facilitatem et commoditatem, qua partes expedit et altercationibus finem

[12]) Conf. l. 27. § 1. l. 40. § 1. D. de minor. 4, 4; l. 1. C. si maj. fact. al. 5, 74; l. 23. § 9. l. 24. l. 27. 29. § 2. D. de aed. ed. 21, 1; l. 10. C. de distr. pign. 8, 28.

imponit, gratior, juris pontificii auctoritate adjuvatur,[13]) et in plerisque foris seculo XVIII. probata esse dicitur.[14]) Itaque non mirum, quod Codex quoque Borussicus[15]) eandem receperit, certe eximio modo practicam (§ 254, I, 11.).[16]) Ea vero, qua solet esse inconstantia, hujus regulae unam[17]) admisit exceptionem in praediis rusticis. In his secundum §§ 255. 256, I, 11. fructus rei, qui ex arbitrio hominum rei rusticae peritorum percipi potuerunt, cum usuris, quas venditor aut ab emtore accepit, aut cum pretium ipsum ei numeratum sit, percipere potuit,[18]) comparandi et, si appareat venditorem retentis usuris damno emtoris locupletiorem fore, summa, qua usurae fructus superant, emtori restituenda est. Hujus singularitatis quae ratio fuerit praeter aequitatem illam cerebrinam, quam saepissime in Codice nostro deprehendi omnes sciunt, frustra quaeritur. Caveas vero existimes, §§ 255. 256. in praediis rusticis alteram illam a ICtis juris communis propositam opinionem adoptasse: a qua toto coelo differunt, cum ex parte emtoris fructus non percepti solum, sed percipiendi etiam veniant, et illa exaequatio in favorem solius emtoris constituta sit, venditor vero non respiciatur, licet eximia in singulis annis existente agrorum fertilitate accidere possit, ut fructus praedii majores sint usuris pretii vel duplo majoris; quod si contigerit, venditor compensatione usurarum et fructuum damnum sentiens a lege non

---

[13]) Cap. 11. X. de reb. eccles. alien. 3, 13.

[14]) Conf. Glück, tom. 17, p. 180; Holzschuher, tom. III, p. 674; Sam. de Cocceji, jus. civ. controv. libr. XVIII, tit. 5, qu. 24. praxim suo tempore variasse narrat.

[15]) Et Codex Napoleonis art. 1682.

[16]) §§is 249.—252. tit. 8. p. II. projecti contractu ab emtore rescisso generaliter jubebatur, emtorem fructus perceptos restituere detractis usuris pretii soluti; pretio vero nondum soluto, venditori permittebatur aut usuras ejus aut fructus perceptos eligere.

[17]) Eamque solam: de quo sine ulla justa causa dubitat auctor anonymus, de Kamptz, Jahrb. tom. 41, p 359, proponens, fortasse in aliis quoque casibus judici licere permagna inter usuras et fructus apparente differentia similem exaequationem ordinare. Conf. Koch, Ford. tom. III, § 324. p. 772. not. 3. et Comment. not. 86. ad § 256. I, 11. tom. I. p. 786.

[18]) Sine dubio usurae ex more regionis indicantur.

adjuvatur.[19]) Immo hoc teneamus, illas §§ esse mere singulares nec in usum vocari posse, ut in praediis rusticis alio modo atque in ceteris rebus emtis quaestiones illae decidantur, de quibus jam verba facturi sumus.[20])

Nam cum apertissime §§ 254.—256. supponant, emtorem in possessione rei emtae esse, venditorem pretium ipsum aut ejus usuras accepisse, alia etiam causae figura esse potest.

Fingas enim re integra nec merce tradita nec pretio soluto rescissam esse emtionem: tunc nemo, ut opinor dubitabit, venditorem cum re fructus ejus, usuras vero cum pretio emtorem retenturum esse. Quod cum alio modo definiri recta ratio vetet, argumentis altius quaesitis indigemus, ut litem dirimamus, si emtor rem acceperit, sed pretium non solverit nec usuras praestiterit, sive quia nullas stipulatus erat venditor, sive quia emtor promisso non stetit, ut emtor et re et pretio fruitus sit, — aut si venditor pretio soluto rem non tradiderit, sive quia pretii solutio traditionem praecedere debuit, sive quia emtori tradendi moram fecit, ut emtor et re et pretio caruerit. Neutrum tolerari debere naturalis aequitas et generalis §i 109, I, 11. lex pariter suadent: sed quo modo haec iniquitas sarcienda sit, neutra indicat. Nec recurrere possumus ad principium §o 254. propositum: nam quoniam ob solam commoditatem introductum est, ubicunque huic utilitati locus non est, illud nec ipsum se applicat nec per ratiocinationem utile decisionis argumentum praebet, dum altera doctorum juris Romani opinio, quae genuina juris consequentia innititur, hic quoque apta est, cum ex ea haud dubie venditor pretium restituens usuras

---

[19]) Paene incredibili modo de harum §§ interpretatione Bielitz, Nachtr. fasc. 2, p. 68 erravit, qui putat emtorem fructus restituere debere, si percepta praedii emti utilitas usuras pretii numerati superaverit. De Daniels etiam, Lehrb. des gem. preuss. Privatr., tom. III, p. 176, has leges generales praediorum esse censet oblitus eas in emtoris solius favorem latas esse. Confer. Koch, Ford. tom. III, p. 772. not. 4. et Comm. not. 86. 87. ad §§ 255. 256, I, 11.

[20]) Certe emtor huic in favorem ejus instituendae exaequationi jam in contrahenda emtione renunciare potest: conf. exemplum allatum ap. Koch, Formularbuch No. XXXVI. 1. (pag. 99).

et emtor rem reddens ejusdem fructus repraesentare cogatur, alteri vero, sive emtori sive venditori, qui omnino nullas nec fructus nec usuras percepit, eorum nomine nihil praestandum sit.

In hac difficultate, quam communis juris scriptores raro vel potius nusquam tractant, Koch[21]) affirmat, emtorem, qui merce accepta pretium non solvit, venditori usuras praestare debere. Quid vero, si venditor rem et mercedem tenuit, num fructus rei emtori restituet? Sed haec opinio omni similis legis adjumento destituta est. Accedit, quod hoc modo emtoris laesio ex post, cum jam remota sit in re ipsa, nascatur in usuris pretii immodici; hanc vero inaequalitatem si usuris ante actionem rescissoriam solutis perfecta est, vetat lex retractari, ne novarum litium occasio praebeatur, sed illud vix tolerandum esset, si lex ipsa praeciperet emtori, ut hoc detrimentum, jam in re ipsa a laesione liberatus, in accessoriis non pateretur, sed ipse sibi infligeret solvendis usuris. Ergo ad aliarum causarum comparationem refugiamus necesse est, in quibus ob similem facilitatis amorem Codex fructus rei et pretii usuras compensat, et quaeramus, num in his forte praecepta nostrae quaestioni apta inveniamus.

In emtione igitur etiam sub conditione (suspensiva) contracta, si pendente conditione res emtori tradita est, conditione deficiente emtor fructus, venditor usuras retinere jubetur (§ 260, I, 11.). Sin pretium nondum solutum erat, emtor mercem restituens ejus loco habetur, cui res aliena administranda commissa est. (§ 259, I, 11.): ex quo consequitur eum fructus perceptos et quos culpose neglexit, praestare debere (§ 116, I, 14). Haec severitas eam solam ob causam probari potest, quia emtor pendente conditione rem mature sibi traditam tanquam alienam considerare et semper in animo habere debet conditionem deficere posse, quod si factum fuerit, rem restituendam esse. Quae ratio nequaquam ad nostros casus quadrat: in his enim emtor ante resolutam emtionem merito rem suam esse existimat et nihil

---

[21]) Privatrecht § 676, p. 434.

ei se offert, cur singularem fructibus colligendis industriam impendat, cum in arbitrio domini sit, quantam utilitatem ex re sua percipere velit.

In emtione porro, quae resolvitur sub conditione, in qua ex regula fructus et usurae similiter compensantur, emtori, qui re accepta pretium non numeravit, conditione existente, electio permittitur, utrum intermedii temporis usuras praestet an fructus repraesentet (§ 292, I, 11). Haec vero benignitas admodum singularis est et aperte in eo nititur, quod aequalitas rei et pretii adesse praesumatur, quare, cum usurae quoque et fructus non valde differre possint, nec emtoris nec venditoris multum intersit, utri restituantur.

Multo majorem certe similitudinem offert is, qui ob vitia clandestina rem venditori redhibet. Hic quoque fructus et usurae invicem retineri jubentur (§ 167, I, 11); sin venditor nummos nondum acceperit, quid juris sit, patet ex § 338, I, 5, qua emtor, licet secundum § 337. ibid. bonae fidei possessoris jure gaudeat, vetatur cum damno venditoris locupletari. Damnum autem venditori eo solo exortum esse potest, quia fructus ad eum non pervenerunt: sed his fructibus emtor locupletior esse eatenus tantum potest, quantum ipse eorum percepit. Ex quo stringenti necessitate colligitur, emtorem redhibentem fructus perceptos venditori restituere debere.[22])

Hoc praeceptum naturae rei aptissimum non dubito, quin tunc quoque valere debeat, si ob laesionem enormem emtor rescindat negotium,[23]) et consequenter dicemus, si e contrario apud venditorem res et pretium fuerint, hunc cogen-

---

[22]) Sic etiam Bielitz, Comment. tom. I, p. 708, sed falso colligens ex §o 337, I, 5. Koch, Privatr. tom. II. § 566, p. 206, Forder. tom. II, § 131. p. 489 nescio qua ratione commotus § 292, I, 11. applicari jubet, de cujus singularitate jam diximus; at in Comm. not. 12 ad § 167, I, 11. tom I, p. 759 sq. praecipit, ut emtor pretii usuras venditori solvat: ipse vero cum fateatur, hoc modo emtorem injuria affici, non est, cur huic opinioni refutandae operam demus. Bornemann Syst. tom. II. § 162, p. 352 sq. de hac quaestione silet.

[23]) Nec obstat fructuum percipiendorum commemoratio in § 255, I, 11. cum hanc quam maxime singularem esse, jam supra demonstraverimus.

dum, ut emtori cum mercede accepta ejus usuras ex more regionis, aut si usuras tantum ab illo acceperit, easdem reddat.

Haec de eo tempore, quod ante institutam actionem rescissoriam actum est. At inde ab hoc momento emtor rem emtam quasi alienam possidet, venditor, simulatque citatus est, pretium sine jure retinet. Itaque hujus temporis, si ambo contractui satisfecerant, emtor rei fructus perceptos et percipiendos, venditor pretii usuras praestat; sin emtor solus pretium numeraverat, rem nondum acceperat, usurae solae, et contrario casu soli fructus hujus temporis in restitutionem venient.[24])

Cap. VIII.

De temporali beneficii praescriptione.

Quanto temporis spatio laesus remedio legis 2. C. de rescind. vend. uti possit, in neutro Diocletiani rescripto definitum est. Quod cum dubitationi locum faceret, fuerunt, qui quatuor annis illud finiri contenderent, sive ob Novellam imperatoris Romani primi Lacapeni ab Harmenopulo[1]) relatam,[2]) sive quia in integrum restitutionis causam subesse

[24]) Auctor anonymus, de Kamptz Jahrb. tom. 41, p. 359 injuria existimat, etiam durante processu compensationem fructuum et usurarum sola depositione judiciali evitari posse.

[1]) Manuale legum, ed. Heimbach, libr. III. tit. 3. § 71, p. 362.

[2]) Sic Cujacius, Paratitl. in Cod. 4, 44.

putabant. Mox, cum actionem emti aut venditi laeso esse tribuendam in communem fere opinionem pervenisset, fieri non potuit, quin triginta annorum praescriptioni soli locum esse doctores intelligerent. Quae ut nostro tempore, sic jam seculis XVII. et XVIII.[3]) vix in dubium revocata sententia, quam grave periculum afferat emtoribus venditoribusque, qui post tantum temporis demum comparatis rebus pretiove accepto secure frui metumque, ne iterum iis priventur, exuere possint, et quantae probationum difficultates utrique in actionibus tam tarde institutis oriantur, nemini obscurum esse potest. Hac sine dubio consideratione commoti prudentissime legum nostrarum conditores longe minus querelae tempus statuerunt,[4]) eadem praescriptione remedio nostro imposita, qua § 343, I, 5. actiones aedilitias coercuit (§ 68, I, 11.) id est sex mensium in rebus mobilibus,[5]) anni in praediis urbanis, triennii in rusticis.[6]) Quo parum contentus quidam juris nostri scriptor[7]) §i 344, I, 5. etiam temporum spatia breviora et ab alio momento incipientia evictionem querenti definita ad remedium ob laesionem enormem transferre conatus est, ut §i 343. praescriptio admittatur, si rei vilitas ex naturali vitio oriatur, §i 344. autem spatium, si propter deficiens auctoris jus res depretiata sit. Quod quomodo probare voluerit, auctor reticere maluit nec puto facile eum argumenta inventurum fuisse, cum literas solas §i 68, I, 11. eum inspexisse satis fuisset, ut videret apertissime unam § 343. tit. 5. in illa citari. Error profectus esse videtur ex

---

[3]) Exempli gratia affero: Perez, prael. in Cod. 4, 44. No. 31; Huber, prael. in Dig. 18, 5. No. 8; Voet, comm. ad Pand. 18, 5. No. 4; Glück, tom. 17, p. 71.

[4]) Eandem ob causam Codex Napoleonis art. 1676. biennium remedio constituit a die venditionis numerandum, et art. 1854. bimestre tempus in divisionibus, Codex vero Austriacus § 1487. triennium.

[5]) Quibus nomina conjungenda sunt (§ 7, I, 2.).

[6]) In suburbanis eam praescriptionem observari, quae urbanis constituta est, constat: Bornemann Syst. tom. 2, p. 346; Koch, Comm. not. 79 ad § 343, I, 5. tom. 1, p. 341.

[7]) De Kamptz Jahrb. tom. 41, p. 360.

illa opinione, cui refutandae jam in cap. III. operam dedi. Nam qui probata laesione certas rei qualitates demonstrari vult, de quibus emtorem errasse ex lege fingendum sit, facillime eo perveniet, ut praescriptionem pro diversa vitiorum ignoratorum natura diversam esse debere praesumat; sed haerebit, si rei vilissimae certi singuli defectus praeter vilitatem detegi non potuerint. At qui de ipsa rei aestimatione errorem emtoris a lege praesumptum esse censet, cum unam omnibus causis definitam praescriptionem, tum etiam hoc naturae consentaneum esse intelliget, quod aedilitiarum actionum spatium nostro remedio adaptatum est, quoniam vilitatem non juris defectum, sed magis naturale vitium esse non inepte dici potest. Itaque merito illa auctoris anonymi conjectura nec in rebus judicandis, quantum experiri potui, nec a ceteris juris Borussici scriptoribus unquam probata est, immo generali silentio praetermittitur.[8])

Currere jubet praescriptionem § 343, I, 5. inde ab acceptae rei momento. Quod cum in nominibus idem atque tempus factae cessionis significet, in rebus corporalibus ampliorem exigit explicationem. Consulto enim non traditionis vocem lex nostra usurpasse videtur: quid vero indicare voluerit, apparet consideranti initium praescriptioni actionum ob evictionem praefinitum. His enim ex §i 344. sanctione tempus currit ex eo demum momento, quo emtor de jure evincentis certior factus est, i. e. postquam sententia judicis hujus intentio comprobata est:[9]) nam jus in re emta tertio competens, num verum sit, nullo alio modo ab emtore cognosci potest, nec ei jam tunc, si quis extra judicium eum compellaverit aut actione mota controversiam de re fecerit, juste necessitas injungenda est regrediendi ad venditorem, quoniam multa accidere possunt, cur adversarius aut non imploret judicis officium aut implorans litem perdat. „In na-

---

[8]) Conf. v. gr. de Daniels, Lehrb. des preuss. Privatr., tom. III, p. 176; Koch, Processpraxis tom. I, p. 921.

[9]) Bornemann Syst. tom. II, p. 347; Koch Forder. tom. II, p. 453, Comment. not. 83 ad § 344, I, 5. tom. I, p. 342.

turalibus rei vitiis (i. e. aedilitiis), si pariter id temporis momentum, quo emtor de defectu certior factus sit, praescriptionis initium statuere volueris, Romani juris praeceptum, quod inde a perfecta venditione tempus currere jubet,[10]) mittas oportet neque magis traditionem civilis possessionis respicere poteris,[11]) cum non semper domino constituto emtori statim facultas rei inspiciendae adsit. Itaque § 343, I, 5. ex quotidiano verborum usu ita intelligenda est, ut rem ab emtore acceptam esse dicamus, si in corporis detentionem pervenerit:[12]) tunc enim jam nihil impedimento est, quominus, ut diligentis patrisfamilias est, rem perscrutetur mendasque animadvertat; sin negligit inspectionem aut ita supine instituit, ut vitium eum effugiat, in culpa versatur nec injuria negligentiae suae poenas sentit. Neque minus res accepta esse videtur, si in procuratoris ab emtore constituti detentionem venit — is enim si inspectionem omittit, domino negotii ejus negligentia non prodesse potest,[13]) — aut si, quominus emtor sive ipse, sive per mandatarium corpus accipiat, nihil impedit, ut sua sponte detentionem non acceperit. Usus vero hujus distinctionis rei traditae et rei acceptae non in omnibus cogitari potest traditionis modis, cum in corporali (§ 61, I, 7.) et brevi manu traditione (§ 70. eod.)[14]) una cum possessione civili naturalis detentio novo domino semper acquiratur, in symbolica vero translatione res necessario ita expedienda sit, ut nulla detentionis accipiendae difficultas remaneat (§ 64. eod.). Sed non recte plerumque

---

[10]) L. 19. § 6. l. 43. § 9. D. de aedil. ed. 21, 2.; conf. Unterholzner, Verjährungslehre tom. II, p. 329 ed. 2.; Savigny, Syst. tom. III, p. 414.

[11]) Hanc §o 343. subjiciunt Siewert, Mater. fasc. 7, p. 69, Bielitz, Comm. tom. I, p. 713, Gräwel, Generaltheorie der Vertr. p. 273: sed jam Siewertum iniquitates inde orientes non effugerunt.

[12]) Conf. Bornemann, Rechtsgeschäfte p. 388, System tom. II, p. 354; Koch, Ford. tom. II, p. 453 et Comment. not. ad § 66. I. 11. tom. II, p. 733.

[13]) Argum. l. 51. § 1. D. de aed, ed. 21, 1; l. 13. De de contr. emt. 18, 1: conf. Koch, Ford. tom. II, p. 453. 473.

[14]) Conf. Bornemann, Rechtsgesch. p. 389.

sola secundum §§ 128. sqq. I, 11. facta traditio citatur:[15]) nam tunc quoque novo domino inspiciendi facultas deest, si per assignationem, conductore sive usufructuario rem tenente, aut per constitutum possessorium (§§ 66. 71. eod.) a venditore usumfructum retinente sive rem conducente transfertur possessio; in utroque enim casu emtor rem visitaturus repelletur.

Jam pervenimus ad illam quaestionem, num tempore elapso actio rescissoria sola perimatur et postea etiam laeso emtori liceat exceptione adversus venditorem se tueri. Neque vero necesse est controversiam de praescriptionis vi et effectu, et num exceptio aeque atque actio per longum tempus pereat, generaliter hic recensere, quae num omnino moveri debuerit a Codicis Borussici interpretibus, in medio relinquam. Sed admonuisse sufficiet, quod ne ii quidem, qui in ceteris causis exceptionem remanere contendunt, negare possint, hic certe tempore finito omne laesi emtoris jus finitum esse. Ut hic, sic aliis etiam vitiosis negotiis rescindendis tempus solito brevius concessum est (§ 92. 93, I, 4: § 243, I, 16; § 41. 984. 986. 990, II, 1; conf. etiam § 7, II, 2.). In istis omnibus causis si intra spatium definitum is, cui rescissio permissa est, hac facultate sive agendo sive excipiendo[16]) non usus est, negotium ipsum purgatur vitio et confirmatur.[17]) Sic § 41, II, 1. disertis verbis jubet matrimonium ratum esse, si intra XLII dies voluntas deficiens non accusata est ab eo, qui dolo, vi, errore ad contrahendas nuptias commotus est. Nec minus manifeste et § 93, I, 4. et nostrae §§ 65. 69, I, 11. eum qui concessa sibi tempora praetermisit, vetant adversus negotium venire. Recte igitur supremum Berolinense tribunal omne ex laesione

---

[15]) Bornemann, l. c. p. 388 sq. et Syst. tom. II. p. 354. Conf. Codicem commercialem Germanicum art. 345.—347. 349.

[16]) Sine ullo jure dubitat Siewert, Materialien fasc. VII, p. 71, num excipiendo quoque hae praescriptiones usurpari possint.

[17]) Conf. Koch, Privatr. tom. I. § 129, p. 261.

enormi ortum jus praescriptione §i 343, I, 5. aboleri decrevit[18]) applaudentibus Codicis nostri praestantissimis interpretibus.[19])

[18]) Striethorst Archiv tom. 34, p. 219: sed §i 65. 69. verba male ita interpretatur, qnasi disertis verbis laesionis exceptio sensu processuali prohibeatur, cum magis exceptio adversus negotium sensu materiali ibi intelligenda sit. Conf. etiam ejusdem tribunalis relationem in Justiz-Ministerial-Blatt a. 1847, p. 200.

[19]) Bielitz, Nachtr. fasc. II, p. 69; Koch, Comment. not. 43. ad § 68. I. 11. tom. I, p. 733; Heydemann, Einleit. tom. I, p. 261. Bielitz vero adjicit post tempora §i 343. emtorem, si a venditore ob pretium solvendum conveniatur, excipere posse sive rei defectus, sive errorem. In quo vera cnm falsis conjuncta sunt. Nam certissime, si praeter vilitatem quaedam vitia rei aut evictio secuta demonstrantur, emtori ex his suppetit exceptio non impleti contractus minoremque condemnationem efficiet. Error vero nunqnam pretii diminutionem adducit, sed semper contractus rescindendi causa est. Sin emtor etiam alio modo erraverit, hoc errore intra XXX annos munitns erit; sed si is solus error intercessit, qui de aestimatione rei a lege praesumitur affuisse, hic post tempora §i 343. nullatenus respicietur.

Libelli conspectus.